



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

FERNANDO AUGUSTO SORMANI BARBUGIANI

**AS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E  
SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS**

---

Londrina  
2017

FERNANDO AUGUSTO SORMANI BARBUGIANI

**AS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E  
SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial – Área de concentração Acesso à Justiça, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência para a obtenção do grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.

Londrina  
2017

### **Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

B241r Barbugiani, Fernando Augusto Sormani.

As recomendações administrativas do Ministério Públicos como instrumento de prevenção e solução de conflitos transindividuais / Fernando Augusto Sormani Barbugiani. - Londrina, 2017.  
136 f.: il.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Ministério público. - Teses. 2. Solução de conflitos (Direito). - Teses. 3. Interesses coletivos. - Teses. I. Bellinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.02

FERNANDO AUGUSTO SORMANI BARBUGIANI

**AS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial – Área de concentração Acesso à Justiça, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência para a obtenção do grau acadêmico de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes  
Bertoncini

Londrina, 11 de agosto de 2017.

Dedico este trabalho à minha esposa Roberta,  
pelo constante apoio; às minhas filhas Bianca,  
que nasceu em meio ao curso de mestrado, e  
Beatriz, que virá ao mundo pouco depois da  
defesa deste trabalho.

Também dedico esta dissertação à minha mãe  
e irmãos, pela tolerância à ausência no período  
do curso.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Luiz Fernando Belinetti, pelos ensinamentos, pela liberdade conferida e pela constante orientação neste trabalho. O contato pessoal propiciado por esta orientação ampliou a admiração pessoal e profissional que remonta a mais de uma década.

Agradeço, ainda, os demais professores e colegas do mestrado em Direito Negocial da UEL (2015-2017), pelo apoio mútuo e amizade desenvolvida neste biênio.

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani. **As Recomendações Administrativas do Ministério Público como instrumento de prevenção e solução de conflitos transindividuais**. 2017. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

## RESUMO

As Recomendações Administrativas representam um importante instrumento de que dispõe o Ministério Público pela Lei Complementar Nº 75/93 (art. 6º, XX) e Lei Federal Nº 8.625 (artigo 27, parágrafo único, IV) para evitar litígios e adequar a conduta do destinatário às leis e atos normativos, homenageando a resolutividade nos casos que ameaçam interesses transindividuais. Muitos aplicadores do Direito não lhe destinam a devida atenção, optando primordialmente pela demanda, o que resulta em cômoda transferência da solução dos conflitos ao Poder Judiciário. Como consequência deste uso tímido das recomendações, muitas autoridades destinatárias as desconhecem e não as identificam como uma excelente oportunidade para a adequação de sua conduta às leis, prevenindo-se de demorados litígios. A investigação pretende, então, analisar o conceito desse instrumento elencando todas as suas vantagens jurídicas materiais e processuais. Recorrer-se-á, para tanto, do método dedutivo, através de consulta à legislação e pesquisa bibliográfica. Enfim, espera-se orientar e estimular os aplicadores do direito a reconhecerem as Recomendações Administrativas como um instrumento preventivo ou de imediata tutela dos interesses veiculados, como prática prévia e benéfica ao processo coletivo.

**Palavras-chaves:** Recomendação Administrativa. Ministério Público. Formas consensuais de solução de conflitos. Interesses transindividuais.

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani. **The Administrative Recommendations of the Brazilian Public Prosecution Service as an instrument for the prevention and solution of collective rights conflicts**. 2017. 136 p. Dissertation (Master's Degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

## **ABSTRACT**

The Administrative Recommendations represent an important instrument available to the Brazilian Public Prosecution Service by Complementary Law 75/93 (article 6, XX) and Federal Law 8.625 (article 27, sole paragraph, IV) to avoid litigation and to adjust the conduct of the recipient to laws and normative acts, honoring the resolve in cases that threaten collective interests. Many law enforcers do not give it due attention, opting primarily for the demand, which results in a comfortable transfer of the solution of the conflicts to the Judiciary. As a result of this timid use of the recommendations, many addressees are unaware of them and do not identify it as an excellent opportunity for the adequacy of their conduct to the laws, preventing themselves from protracted litigation. So the investigation seeks to analyze the concept of this instrument by listing all its legal material and procedural advantages. For this purpose, the deductive method will be used, through consulting the legislation and bibliographical research. Finally, it is hoped to guide and encourage the applicators of the right to recognize the administrative recommendations as a preventive instrument or of immediate protection of a treated interests, as a previous and beneficial practice to the collective process.

**Keywords:** Administrative Recommendations. Brazilian Public Prosecution Service. Alternative dispute resolution. Collective interests.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 10 |
| <b>1 DIREITO E PROCESSO E O ENQUADRAMENTO DAS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS</b> .....   | 14 |
| 1.1 Do Direito.....   | 14 |
| 1.2 Do Processo .....   | 18 |
| <b>2 A DEMOCRACIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO</b> .....  | 22 |
| 2.1 A concepção de democracia e a sua evolução.....   | 23 |
| 2.2 O Ministério Público como um ente democrático.....  | 31 |
| <b>3 OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS</b> .....   | 40 |
| 3.1 Direitos ou interesses .....  | 40 |
| 3.2 Conceito de interesses transindividuais .....   | 43 |
| 3.2.1 Melhor terminologia para os interesses coletivos em sentido amplo .....   | 44 |
| 3.2.2 Categorias de interesses coletivos .....  | 45 |
| 3.3 A plurilateralidade (um fato originando diversos interesses). As correntes doutrinárias para a identificação desses interesses coletivos no caso concreto ..... | 48 |
| 3.4 Interesse Público e Social. Diferenças para com interesses coletivos.....   | 50 |
| 3.5 Possibilidade de confronto de interesses coletivos entre si e deles com os interesses públicos.....   | 51 |
| <b>4 A TUTELA COLETIVA</b> .....  | 53 |
| 4.1 A tutela coletiva como democratização do acesso à justiça .....   | 53 |
| 4.2 A tutela coletiva no Direito brasileiro.....  | 56 |
| 4.3 Os instrumentos de tutela coletiva e o Ministério Público.....  | 58 |
| 4.3.1 Instrumentos judiciais .....  | 59 |
| 4.3.2 Instrumentos administrativos .....  | 63 |
| 4.3.2.1 O Inquérito civil e demais investigações administrativas .....  | 64 |
| 4.3.2.2 Audiências públicas e reuniões .....  | 65 |

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| 4.3.2.3  | Termos de Ajustamento de Conduta.....  | 66         |
| 4.3.2.4  | Recomendações Administrativas.....   | 68         |
| <b>5</b> | <b>AS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....</b>  | <b>69</b>  |
| 5.1      | Conceito .....   | 69         |
| 5.1.1    | Dos sujeitos (aspecto subjetivo) .....   | 75         |
| 5.1.2    | Dos objetos (aspecto objetivo). Bens jurídicos tutelados. Providências e atividades alvo .....   | 81         |
| 5.1.3    | Aspecto formal.....  | 84         |
| 5.1.4    | Efeitos.....   | 93         |
| 5.2      | As Recomendações Administrativas e a vedação constitucional da consultoria jurídica pelo Ministério Público .....                              | 97         |
| 5.2.1    | As vedações constitucionais a determinadas atividades como forma de garantir isenção e imparcialidade pelos membros do Ministério Público..... | 98         |
| 5.2.2    | Diferenças entre o ato de Recomendar Administrativamente e as Consultorias Jurídicas. Razoabilidade e Proporcionalidade na atuação.....        | 100        |
| 5.3      | As Recomendações como meio adequado de solução de conflitos transindividuais.....  | 104        |
| 5.3.1    | As Recomendações Administrativas como alternativa ao ajuizamento de ações.....   | 104        |
| 5.3.2    | As vantagens do uso das Recomendações Administrativas.....   | 111        |
|          | <b>CONCLUSÕES .....</b>  | <b>119</b> |
|          | <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>  | <b>125</b> |

## INTRODUÇÃO

A cultura e, por consequência, o ensino jurídico no país tendem para a judicialização dos conflitos. É como o célebre brocardo de que *não se valoriza a saúde até que venha a doença*. Afinal, as ações habituais de prevenção passam despercebidas. Todavia, diante de um distúrbio, recompensa-se imensamente aquele que apresentar um remédio para a restauração da zona de conforto.

Inúmeros estudos tentam explicar essa tendência, que pode apresentar diversas origens (históricas, sociológicas, psicológicas etc.). É certo, entretanto, que a própria sociedade é quem acaba sofrendo os reflexos dessa prática, já que conflitos que poderiam ser superados extrajudicialmente, com um pouco de disposição dos envolvidos, são remetidos ao Poder Judiciário, onerando-o e prejudicando a análise de questões de maior repercussão social.

Essa tendência demandista reflete nos profissionais do Direito em geral. A advocacia consultiva, voltada à prevenção das lides, por exemplo, soa como uma atividade de somenos importância em contraposição ao combate jurídico perante o Poder Judiciário, no qual o vencedor logrará a premiação, onde se incluem honorários e demais verbas sucumbenciais.

Da mesma forma, membros do Ministério Público, elevados pela Constituição Federal à categoria de defensores da democracia, supervalorizam o manejo de ações judiciais. Encaram as tratativas administrativas para superação de conflitos como atuações banais e pouco recompensatórias (sobretudo diante do grande dispêndio de esforços para concretizá-las).

Ocorre que as funções fiscalizatória e de resguardo da ordem jurídica<sup>1</sup> que permeiam a nova roupagem do Ministério Público Brasileiro (pós Constituição de 1988) são muito mais harmoniosas com a atuação administrativa (mais comumente tratada como **resolutiva**), voltada à prevenção ou solução imediata de um conflito. Especialmente diante do reconhecimento dessa nova categoria de interesses que pertencem a todos e ao mesmo tempo a ninguém, denominados de transindividuais.

---

<sup>1</sup> Que se identifica com a atribuição *OMBUDSMAN*.

Nestes casos, qualquer lesão será de impossível reparação integral, por conta dessa mesma transindividualidade e indivisibilidade que os caracterizam. O próprio dano é imensurável e a eventual imposição monetária por decisão judicial (seja a título de *astreintes* ou de ressarcimento) assume muito mais o status de punição pedagógica do causador do que uma restauração do *status quo*.

Por consequência, muito mais coerente com a finalidade democrática é a atuação administrativa imediata. Afinal, a democracia é uma das inspirações para o reconhecimento dos interesses transindividuais. Inclusive, ela pode ser interpretada como um deles! Diz-se que **inspira** na medida em que se reconhece a existência de bens jurídicos carecedores de tutela estatal e pertencentes a entes despersonalizados que jamais alcançariam a Justiça pelas vias tradicionais (montada sob a ótica individualista). Fala-se que ela **corresponde** a um deles, pois a democracia se revela um anseio geral (em uma sociedade justa, igualitária, participativa, informada etc.), sem possibilidade de determinação dos interessados (logo, um interesse difuso).

Neste contexto, pode-se citar como exemplos de **atuações resolutivas** do Ministério Público a concretização de audiências públicas e reuniões, a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), acordos de colaboração premiada e de leniência, além do encaminhamento de ofícios recomendatórios ou de Recomendações Administrativas.

Em especial, as Recomendações Administrativas representam um importante instrumento de que dispõe o Ministério Público pela Lei Complementar N.º 75/93 (art. 6º, XX) e Lei Federal N.º 8.625 (artigo 27, parágrafo único, IV) para evitar litígios e adequar celeremente a conduta do destinatário às leis e atos normativos, homenageando a resolutividade dos casos que ameaçam interesses transindividuais. A pouca afinidade dos seus membros com este importante instrumento, afóra a já mencionada cultura demandista (em que se transfere a solução dos conflitos ao Poder Judiciário), faz com que ele seja subutilizado e suas vantagens pouco veiculadas.

Por consequência, os agentes do *Parquet* que delas fazem uso costumeiramente se deparam com destinatários que as desconhecem, não vislumbrando nelas uma excelente oportunidade para a adequação de sua conduta às leis, prevenindo-se de

litígios que podem perdurar por anos.

A crítica mais usual refere-se à sua **legitimação democrática**. Isto porque, normalmente, as Recomendações voltam-se às posturas do Administrador Público, atingindo políticas públicas, com reflexos diretos ou indiretos na vida do cidadão. Como os membros do Ministério Público são selecionados por concurso público e não através de eleição, há quem interprete isto como uma ingerência na atividade dos eleitos pelo povo, motivando o questionamento.

De outro lado, é importante bem compreender o instituto, **delimitando as hipóteses em que essa ferramenta pode ser utilizada**, evitando a sua banalização e, por consequência, a consumação da crítica acima referida.

Para avaliar o potencial das Recomendações Administrativas como um meio administrativo de prevenção e solução de conflitos transindividuais, então, deve-se superar essa problemática, analisando-as sob o prisma democrático e estabelecendo seu conceito e limitações de uso.

Para isso, necessário se faz debruçar sobre noções básicas que darão unicidade ao trabalho, tendo por início os enfoques de *Direito* e do *Processo* e sua vinculação com a realização da democracia. É o que se fará no **primeiro capítulo**.

Após, é imperioso analisar a contemporânea concepção de democracia e o papel do Ministério Público para alcançá-la, ao que se destinará **o segundo capítulo**.

No **terceiro capítulo**, impõe-se a análise dos interesses transindividuais e a sua vinculação com o princípio democrático, com um breve passeio sobre os seus conceitos e características.

Da mesma forma, no **quarto capítulo**, estudar-se-ão os instrumentos disponibilizados pelo ordenamento para a sua efetivação (a tutela coletiva, tanto extrajudicial como judicial). Naturalmente, o estudo evoluirá para a tutela realizada pelo Ministério Público.

No **quinto capítulo**, passar-se-á ao exame aprofundado das Recomendações Administrativas do Ministério Público. Analisar-se-á a legitimidade de seu uso e a quem ela pode ser dirigida (*sujeitos ativo e passivo*). Igualmente, é importante delimitar o *conteúdo* da recomendação (o seu objeto, o que pode ser recomendado) e as espécies

de atividades que dela podem ser alvo. As *formalidades* que o documento precisa respeitar para alcançar suas finalidades merecem apreciação. Também, há de se ponderar a respeito da legalidade dessas recomendações diante da vedação constitucional à advocacia e à consultoria jurídica por parte do Ministério Público. Enfim, será possível focar no uso das Recomendações Administrativas como meio alternativo ao ajuizamento de ações, elencando todas as vantagens dessa prática.

Tudo isto é pressuposto para que se possa ponderar sobre a viabilidade do uso das Recomendações Administrativas como um instrumento para solucionar extrajudicialmente conflitos, notadamente os que afetam interesses metaindividuais.

## 1 DIREITO E PROCESSO E O ENQUADRAMENTO DAS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Importante estudar preliminarmente as concepções de Direito e Processo, visto que a temática desta pesquisa envolve a realização de ambos através do instrumento da Recomendação Administrativa disponibilizada ao Ministério Público.

### 1.1 Do Direito

Estabelecer uma concepção para o *Direito* não é uma tarefa simples. Trata-se de um tema de recorrente debate filosófico, sem qualquer resposta definitiva. Da mesma forma, tormentosa é a sua dissociação para com a noção que se deve ter de *Justiça*.

Diante disso, para esta pesquisa é suficiente um embasamento técnico dessas expressões, como forma de trazer coerência lógica e metodológica ao trabalho.

A correlação entre *Direito* e *Justiça* acompanha, inclusive, suas origens etimológicas (*ius* para os romanos abrangia ambos os significados, ao passo que, para os gregos, *to dikaion correspondia ao direito e dikaio-sunê à justiça*<sup>2</sup>. Entretanto, na prática, percebeu-se que nem sempre a norma posta mostra-se justa, como ocorre em Estados autoritários, o que levou à diferenciação das expressões. Por isto, a concepção de *Justiça* é frequentemente vinculada ao *jusnaturalismo*, ao passo que a do *Direito* ao *positivismo*<sup>3</sup>. Entretanto, essa bipolarização é insuficiente para a sua compreensão diante da complexidade das relações sociais. Hoje, parece necessária uma visão

---

2 A propósito, leciona Tércio de Sampaio Ferraz Júnior que “na antiguidade, pode-se dizer: a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia diferença entre *lex* e *jus* na proporção de diferença entre *trabalho* e *ação*. Desse modo, o que condicionava o *jus* era a *lex*. Mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça” (2003, p. 24).

3 O ***Jusnaturalismo*** ou Direito Natural é uma doutrina que prega a existência de um sistema ideal e superior de normas e princípios (universais e imutáveis), as quais condicionam a validade de qualquer legislação em vigor (direito positivado). O ***Juspositivismo*** ou Escola do Direito Positivo é a corrente que prega que o direito posto tem sua validade independente de normas superiores e não escritas, ou seja, o direito resume-se à ordem estabelecida. Em resumo, “são duas as palavras-chave diferenciadoras da doutrina do Positivismo Jurídico e da doutrina do Direito Natural (Jusnaturalismo): a palavra 'ordem' e a palavra 'justiça'. Isto fica bastante claro com as duas proposições latinas que simbolizam cada uma das doutrinas: *iustum quia iussum* (justo porque ordenado) e *iussum quia iustum* (ordenado porque justo)” (BEDIN, 2014, p.249).

multifacetária, mais realista e prática, capaz de acompanhar as mudanças da sociedade.

Luiz Fernando Bellinetti (1997, p.15 e 16) ensina que **definir** e **conceituar** são tarefas distintas. Dentro dessa última atividade (**conceituar**) está a explicação da essência de determinado objeto de estudo (o que ele é). **Definir**, por outro lado é a sua inclusão em determinada classe em conformidade com os elementos pelos quais se identifica, sendo, portanto, uma “conceituação complexa”. Assim, o ilustre doutrinador **define** o Direito como “o ordenamento que visa regular a conduta humana de forma bilateral, externa e coercível” (p.15).

O Direito é um **ordenamento**, pois busca organizar determinado grupo de elementos. Em especial, seu objeto é a **conduta humana**. A **bilateralidade** se refere aos binômios direito-dever (relação jurídica tradicional) ou ordenamento-ordenado (relações jurídicas envoltas de transindividualidade) que são o cerne da regulamentação. **Externa**, pois o Direito deve se ocupar de fatos (ação) e não de pensamentos. **Coercível**, pois é imprescindível que a regra jurídica possa ser imposta forçadamente aos que a desrespeitarem<sup>4</sup>.

---

4 Importante transcrever o ensinamento: “[...] o Direito é um **ordenamento**, que [...] deve ser entendido como uma forma de organizar harmonicamente determinado conjunto de elementos.

**Que visa regular a conduta humana:** [...] é um ordenamento, que tem como elemento a ser ordenado a conduta humana.

No entanto, esse ordenamento tem por objetivo a regulação da conduta humana, e não simplesmente a regula [...].

É importante também salientar que o ordenamento jurídico pode ser vislumbrado de uma perspectiva estática e de uma perspectiva dinâmica. Isto porque, se é certo que se de um lado pode ser visto como um conjunto de regras abstratas preestabelecidas que servirão de parâmetro para a regulação futura da conduta humana (aspecto estático), de outro também pode ser visto como um conjunto de normas concretas que estão regendo as relações jurídicas em determinado momento (aspecto dinâmico).

Vê-se, pois, que o ordenamento jurídico tanto é um conjunto de normas abstratas, como também um complexo de relações jurídicas vivo e dinâmico, em constante transformação.

**De forma bilateral:** A característica da bilateralidade significa que a regulamentação da conduta humana sempre ocorre em torno do binômio direito-dever (segundo a concepção tradicional da relação jurídica), ou então, segundo o binômio ordenamento-ordenado (segundo a concepção kelseniana, que acaba recebendo a simplificação dever-direito reflexo).

[...]

**Externa:** Este termo significa que a regra jurídica objetiva regular a conduta exteriorizada da pessoa, e não o seu pensamento. O Direito visa regular como a pessoa age, não como pensa. [...]

No que tange, especialmente, à identidade do Direito com o ordenamento, há duas correntes teóricas a seu respeito, uma que o enxerga como algo uno (teoria unitária) e outra que o vê em duplo aspecto (teoria dualista). Para a primeira, além das normas postas, integram o ordenamento as formas de sua aplicação ou concretização (como as sentenças e os contratos). Para a segunda, estas não o compõem.

A visão unitária do ordenamento, tem como expoentes Carnelutti e Hans Kelsen. Este último o definiu como uma ordem escalonada, representada pela célebre pirâmide kelseana, em cujo ápice se encontra a *norma fundamental* (que serve de fundamento de validade e interconexão entre as demais), ao passo que as *normas concretas* encontrar-se-iam na sua base. A corrente dualista, ou tradicional, tem como um de seus representantes Chiovenda e parte da ideia de que o ordenamento se cinde em direito material (regras abstratas) e processual (realização ou atuação da vontade do direito na prática). Haveria, então, dois “Direitos”.

Bellinetti, em específico, adota a concepção unitária do ordenamento, harmonizando aquelas diferenças sob uma perspectiva tridimensional (positivismo, realismo e naturalismo). Assim, ele **conceitua** o Direito, classificando-o em “**direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido**” (1997, p.20).

A **vigência** remete às normas postas (lei em sentido amplo), identificando-se com a concepção **juspositivista**. A eficácia se traduz na aceitação geral de uma regra pela sociedade que a produziu, remetendo ao **jusrealismo**. A **validade intrínseca** corresponde àquelas regras naturalmente intuídas pelo ser humano (e por isso atribuídas à natureza ou ao universo), relacionando-se com a noção **jusnaturalista** do Direito<sup>5</sup>.

---

**Coercível:** Por fim, o termo coercibilidade, que complementa as características que entendemos essenciais ao Direito, significa a possibilidade de imposição forçada da regra jurídica às pessoas que não a cumprem espontaneamente. É preciso acentuar que coercibilidade não significa que a regra sempre será imposta, mas sim que poderá ser imposta. Ainda que a regra seja desrespeitada e não ocorra a imposição, esse fato isolado não significará tenha ela perdido a sua juridicidade” (BELLINETTI, 1997, p.15-19).

5 Anote-se: “O primeiro (direito vigente) identifica-se com o sistema normativo-legal, baseado nas leis (em sentido lato), e todos os regramentos delas derivados. [...]”

É a forma clássica de *juspositivismo*, em que o Direito se identifica com a lei.

O segundo (direito eficaz) deriva do que chamamos de perspectiva realista do Direito, e que por isso, embora seja uma forma de positivismo jurídico (porque também baseada na ideia de que o Direito é um produto da sociedade, através de procedimentos por ela aceitos como válidos para a produção jurídica),

Em resumo, portanto, o Direito corresponde a um ordenamento que pode ser encarado sob diferentes perspectivas, sendo ao mesmo tempo estático (o posto e o pressuposto) e dinâmico (concretizando as normas postas, complementando-as por outras atividades, interpretando-as, recriando-as etc.). Aqui surge a interseção com o Processo, que nada mais seria que uma faceta do Direito (a instrumentalizadora dessa dialeticidade), como se vera no tópico seguinte.

Este trabalho, como um de seus objetivos, busca demonstrar que o reconhecimento de interesses transindividuais e dos instrumentos processuais e extraprocessuais de tutela coletiva, voltam-se à democratização do acesso à Justiça. Assim, compreendendo as diferentes perspectivas do Direito (positivismo, realismo, naturalismo) é possível identificar as Recomendações Administrativas do Ministério Público como um meio de integração do ordenamento a dar-lhe a necessária dinâmica para a evolução em seu estudo e aplicação (sempre norteados pela Constituição e

---

também pode ser denominado de *jusrealismo*.

Baseia-se na ideia de que o Direito é um produto da sociedade, porém não identificado com regras legais, mas sim com as regras efetivamente observadas pela sociedade, independentemente de terem sido produto de um procedimento legislativo.

São duas as suas principais vertentes: a sociológica e a psicológica.

A sociológica, peculiar ao chamado “realismo jurídico americano”, centra-se primordialmente (mas não unicamente, frise-se) em verificar quais são as regras efetivamente observadas pela população, que realmente vinculam a conduta das pessoas, que de fato possuem os três atributos fundamentais de qualquer regra jurídica (já referidas quando definimos o Direito), e que são descobertas e declaradas pelos juízes e Tribunais.

A psicológica, ligada ao denominado “realismo jurídico escandinavo”, tem por tema central o comportamento psicológico dos julgadores, ou seja, preocupa-se com a verificação do Direito oriundo das decisões judiciais, que criam os precedentes para novos casos similares.

Da junção dessas duas perspectivas temos a clara visão do que seja o direito eficaz: o conjunto de regras que efetivamente, num determinado momento, regulam a conduta de determinada sociedade, derivadas dos pronunciamentos dos aplicadores do ordenamento, bem como do próprio comportamento da população ao sentir-se vinculada por tais regras.

Por fim, o terceiro (direito intrinsecamente válido) pode ser identificado com o direito natural [...] oriundo da própria natureza, do universo [...] desnormatizado, que pode ter suas perspectivas descobertas e intuídas pelo ser humano” (BELLINETTI, 1997, p.20- 22).

seus princípios elementares), especialmente para a proteção dos interesses coletivos<sup>6</sup>.

Apresentadas essas ponderações sobre o Direito, já é possível proceder de forma igual em relação ao Processo.

## 1.2 Do Processo

Como esclarecido no tópico anterior, para a evolução do Direito, o reconhecimento de suas diversas perspectivas é essencial. Este dinamismo do ordenamento jurídico é promovido pelo Processo em seu sentido lato, ou seja, todo “instrumento através do qual o ordenamento jurídico é construído, modificado e aplicado” (BELLINETTI, 1997, p.41). Parte-se da teoria unitária do ordenamento.

Há, portanto, processo na elaboração das leis, na sua aplicação (na consumação de atos e negócios jurídicos), como também na resolução de um conflito (judicial ou extrajudicialmente). Assim, o processo não é uma atividade exclusivamente estatal, mas quando fruto deste, segue um “procedimento” (sua materialização, consistente na ordenação de atos processuais ou rito).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>7</sup>,

---

6 Nas palavras de Bellinetti: “Sem ela o Direito se resumiria a simples instrumento de legitimação da ideologia do momento, ideologia essa que ora poderia adotar uma visão positivista, realista ou “naturalista” (apaixonada, deturpada).

Exatamente a diversidade é que garante a autonomia do Direito e a efetiva e possível busca de justiça intrínseca.

É ela que permite a democracia e o Estado de Direito.

Estas considerações são fundamentais para o processualista, pois revelam que a sua preocupação ao construir e interpretar os sistemas processuais deve estar centrada em privilegiar a referida diversidade, garantindo assim a consecução da justiça, da democracia e do Estado do Direito.

E é justamente isso que nos anima a propor uma visão não usual da relação processual e jurídica nas ações coletivas, bem como a vislumbrar o mandado de segurança coletivo como veículo para a promoção da justiça, democracia e Estado de Direito.[...]

Assim, não propomos uma aplicação dogmática do Direito, ao mesmo tempo em que também não admitimos uma aplicação crítica (que identificamos com o «direito alternativo»), porque não democrática.

Portanto, propomos uma aplicação sociológica do Direito, e o ponto basilar dessa aplicação devem ser os princípios constitucionais fundamentais (1997, p.31-40).

7 Os mencionados juristas diferenciam processo e procedimento. O primeiro envolve uma noção teleológica relacionada ao exercício do poder (no caso, o jurisdicional), ao passo que o segundo é puramente formal (de coordenação de atos que sucedem. Eles lembram ainda que, “terminologicamente é muito comum a confusão entre *processo*, *procedimento* e *autos*. Mas, como se disse, procedimento é o mero aspecto formal do processo, não se confundindo conceitualmente com este; em um só processo

*Processo* é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.).(2009, p.298).

Em uma visão mais restrita, o processo é o instrumento de busca da proteção estatal (por intermédio do Poder Judiciário), voltado à atividade jurisdicional. Todavia, não se pode resumir o seu conceito àquele pelo qual se exterioriza a Jurisdição, como não se pode reduzir a Justiça unicamente àquela produzida pelo Poder Judiciário. Tanto a Justiça quanto o Processo admitem sua concretização extrajudicial.

O estudo do processo jurisdicional, todavia, é importante por consistir em um meio tradicional de resolução de conflitos em qualquer ordem jurídica. É interessante compreendê-lo, inclusive, para avaliar as vantagens daqueles que lhe são “alternativos” (ou, conforme recentemente se tem preferido: meios “adequados”).

Várias são as teorias que tratam da natureza jurídica do processo através do qual se presta a Jurisdição. Durante a evolução do Direito, alguns doutrinadores o viam como um contrato (Pothier). Outros o encararam como um quase-contrato (Savigny). Alguns como uma situação jurídica (Goldschmidt). Há ainda os que o vejam como uma instituição ou uma entidade complexa. Enfim, hoje o pensam como uma relação jurídica (Oskar Von Bülow)<sup>8</sup>.

Três são as principais correntes sobre as posições dos sujeitos processuais no processo: 1) *Teoria linear*, pela qual os direitos e deveres do processo se estabeleceriam entre autor e réu sem a presença do juiz. Seria a relação material tornada litigiosa. 2) *Teoria triangular*, o processo é uma relação de direito público, contendo direitos e deveres não só entre as partes, mas também entre estas e o juiz. 3) *Teoria angular*, pela qual a relação jurídica processual perfaz-se sempre através do Juiz, negando qualquer relação entre autor e réu (tudo dependeria de

---

pode haver mais de um procedimento (p.ex., procedimentos em primeiro e segundo graus). *Autos*, por sua vez, são a materialidade dos documentos em que se corporificam os atos do procedimento. Assim, não se deve falar, por exemplo, em fases do processo, mas do procedimento; nem em *consultar o processo* mas os *autos*“ (2009, p.298)

<sup>8</sup> A propósito: CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p.298 e seguintes.

intermédio/homologação do Juiz). De tal relação se irradiam direitos e deveres do autor frente ao Estado e direitos e deveres do réu frente ao mesmo ente (direito a que o Estado prossiga no processo, segundo a lei, e que não quebre o princípio do igual tratamento das partes; dever de cooperação que é o de colimar rápido e justo desenvolvimento do processo; direito à ciência dos prazos e atos etc.).

Segundo Belinetti,

[...] no processo jurisdicional a sua natureza, a nosso ver, é trilateral, tendo em vista a existência do autor, do réu e do juiz, porquanto tem o fito de que o juiz, superpondo-se às partes e analisando-lhes as pretensões, constitua a norma concreta que resolva o conflito, estabelecendo, com tal conduta, entre essas partes, a relação jurídica regida pelo regramento que constituiu (1997, p.43).

Reconhecendo-se que o processo se caracteriza por uma relação jurídica, é importante lembrar que ela não coincide com a relação jurídica material. Esta envolverá dois polos facilmente identificáveis (titular - devedor), cujo conteúdo é igualmente delimitável.

O processo, por sua vez, pode envolver diversos litígios, de teores diferentes da relação substancial, apesar de dela refletirem ou com ela se conectarem. Também não há uma necessária identidade com qualquer daquelas posições (requerente e requerido nem sempre representam titular e devedor, respectivamente).

Não se pode ignorar que a relação processual pode conter várias *situações jurídicas* embutidas<sup>9</sup>. Também haverá figuras que não participam da relação material, como o Juiz ou o Ministério Público (com poderes, faculdades, sujeições, ônus e deveres).

Mesmo a relação jurídica de direito material deve ser compreendida sob diferentes enfoques: uma em face de interesses *individuais* e outra diante de *metaindividuais*. Para os primeiros, a concepção tradicional (sujeito ativo/credor – direito/dever – sujeito passivo/devedor) é adequada, ao passo que, na segunda hipótese, há apenas deveres jurídicos oriundos do ordenamento (ou seja, devedores),

---

9 Nestas hipóteses é possível perceber a ideia de Kelsen de que a relação jurídica deriva diretamente do ordenamento, sendo o direito mero reflexo do dever jurídico que se quer ver ordenado o cumprimento. Diante disto, é possível a existência de litígios com pessoas alheias à relação jurídica de direito material (respeito à norma/liberdade contratual/propriedade etc.).

sem a identificação de um titular. Afinal, o transindividual é, ao mesmo tempo, de todos e de ninguém (ordenamento – dever jurídico – devedores). Neste caso, a lei atribui a alguns legitimados a perseguição destes interesses (em Juízo ou fora deles). Esta legitimação, por exemplo, é que justifica a titularidade da ação penal pelo Ministério Público, além de explicar a autorização deste para tutelar civilmente direitos coletivos em sentido amplo<sup>10</sup>. Esta é a lição do Luiz Fernando Bellinetti, que resgata de Kelsen a visão que melhor representa o fenômeno da transindividualidade (2000. p.126).

Em resumo, o **ordenamento jurídico é único**. Apresenta, todavia, dimensões diferentes (dada sua tridimensionalidade). Percebe-se, então, que o *Direito* e o *Processo* são perspectivas diversas da mesma realidade. São as duas facetas do ordenamento jurídico, no qual se identificam, respectivamente, seus aspectos estático e dinâmico.

Esta pesquisa volta-se a um instrumento específico de resolução de conflitos, sobretudo os dotados de transindividualidade, que é a **Recomendação Administrativa do Ministério Público**. Este ente é legitimado a tutelar tais interesses e, ao identificar

---

10 A clássica dicotomia do Direito que o interpretava como “Civil” ou “Penal” (tanto no campo material como processual), não se adequa à realidade. A importação de noções do primeiro para a compreensão de institutos deste segundo ramo sempre causou (e, ainda hoje, causa) muita confusão, como no que se refere à titularidade do “direito”, legitimidade para o exercício da pretensão etc. A melhor atualização seria diferenciar os interesses e os instrumentos para a perseguição da respectiva pretensão em individuais ou transindividuais. Afinal, em virtude da indivisibilidade do bem jurídico que caracteriza estes últimos, não existem *titulares* como ocorre naqueles e sim *devedores*. Não havendo titulares, os legitimados para a tutela desses interesses são aqueles que a lei atribui essa missão. Fácil perceber, portanto, que o Direito Penal é um ramo que ampara um interesse transindividual. Não há propriamente um titular da punição, mas sim um legitimado a persegui-la. Mesmo nos casos de Ação Privada, onde o ofendido promove a queixa-crime interessado no sancionamento do criminoso, a punição não lhe pertence. Obtida a condenação pelo delito que demanda ação penal privada, a execução da pena imposta será pública, como em todos os delitos. A manifestação da vontade do querelante é irrelevante para a execução penal. Isto porque, por um juízo de conveniência e inspirado por questões de política criminal, o legislador *legitimou* o ofendido a exercer a persecução penal em alguns casos, sem lhe transferir a titularidade do sancionamento (e do bem protegido por este). O interesse tutelado pelo Direito Penal sempre foi o difuso, representado pelo bem jurídico Segurança Pública. Este é o fim último de qualquer das sanções penais, ainda que a norma penal proteja secundariamente outros bens (como o patrimônio no furto, a vida no homicídio etc.). A manutenção da segurança pública é que inspira todas as finalidades identificáveis na pena (retribuição, prevenção, ressocialização, dentre outras). De forma semelhante, mas na seara cível, tem-se a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) que, através de sanções pretende resguardar o interesse difuso em uma Administração proba (a moralidade administrativa, o Erário etc.). Em outras palavras, “a repressão da improbidade administrativa é uma das formas de defesa do patrimônio público, visto que a gestão honesta da coisa pública é o mais puro exemplo de interesse difuso” (MARTINS JÚNIOR, 1996, p.04). Disto nunca se duvidou, não existindo razão para que na seara penal se pense diferente! Remete-se ao capítulo em que se tratará dos interesses transindividuais de uma forma geral, que possibilitará melhor compreender estas lições.

uma violação, utiliza-se desta ferramenta para apontar as normas relacionadas e propor formas de superação. Em outras palavras, é um meio de **realização concreta** de interesses. Logo, a Recomendação modifica e aplica o ordenamento jurídico, inserindo-se no conceito amplo de processo, como antes tratado.

Portanto, quando se falar neste trabalho que a Recomendação Administrativa é um meio alternativo ao *processo*, na realidade estar-se a dizer que ele o é em relação à *demanda judicial*, visto enquadrar-se no conceito amplo daquele termo.

## 2 A DEMOCRACIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

A democracia, por sua etimologia, é definida correntemente como o “governo do povo”<sup>11</sup>, em que a vontade deste é que determina os destinos do Estado. O conceito é muito mais complexo, com diversas vertentes. Também é dinâmico, visto que repercute as modificações da sociedade a que se refere, tendo sofrido transformações desde a sua concepção na antiguidade.

É certo que, hoje, a amplitude do vocábulo é muito maior que qualquer regime ou forma de governo, tendo se transformado em uma palavra honorífica. Por tal razão, mesmo os antidemocráticos falam em seu nome para atacá-la. Afinal, entre as condições da democracia, a menos lembrada é que ideias erradas sobre ela a fazem dar errado (SARTORI, 1994, p.17).

Em outras palavras, em virtude das noções multifacetárias da democracia, muitos governos autoritários dela se apropriam em seus discursos para justificar seus regimes e atos. Através de uma retórica falaciosa, é comum se apegar a premissas abstratamente aceitas pela grande maioria de uma comunidade para se chegar a uma conclusão que dela não decorre. Trata-se de um perigoso sofisma, em que qualquer opositor a tal linha de pensamento é tachado de contestador das premissas (ou “dogmas”) de que artificialmente se partiu, sendo apresentado àquela maioria como um inimigo. Trata-se de uma estratégia para desacreditar os questionadores sem adentrar ao debate, o qual seria essencial numa real democracia (MACHADO SEGUNDO, 2008).

Para ilustrar, basta lembrar da premissa amplamente aceita que vincula a **democracia** à **eleição**. Ora, diante da evolução social e complexidade das novas relações, do crescimento demográfico, do aumento do aparato estatal e da globalização, impossibilitando a consulta popular direta sobre qualquer decisão política, a **representatividade** oriunda das **eleições** é a que melhor se relaciona com a ideia de *governo do povo* (consubstanciando-se em um “dogma”). Por isto, ela costuma ser o ponto de partida para aqueles discursos ardilosos. Ninguém contesta que um dos

---

11 O termo vem da junção das palavras *demo*, que significa povo, e *kracia*, que significa governo.

pilares do regime democrático é esta forma de seleção dos representantes. Todavia, também o são a **responsabilidade** de quem age em nome coletivo e a **rotatividade** nestas funções.

Com base nessa premissa (representatividade popular), o eleito poderia argumentar como democráticas as alterações por ele promovidas no sistema legal para perpetuar-se no poder (afrontando a **alternância necessária**).

Da mesma forma, não são raros os casos de governantes que, buscando eximirem-se da **responsabilização** por atos ilícitos no exercício dos seus mandatos, questionem a legitimidade da fiscalização e repressão pelas instituições constituídas para tal, com o falacioso argumento de que os membros delas não foram eleitos como eles.

Isso vem acontecendo em relação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Diante do constante desmascaramento de condutas antidemocráticas de políticos, estes procuram furtar-se ao debate sobre os seus atos, desviando as atenções com ataques a estas instituições, recorrendo aos sofismas.

Assim, para se compreender o objeto desta pesquisa (as vantagens da Recomendação Administrativa ministerial para a solução extrajudicial de conflitos transindividuais), é imperioso demonstrar a roupagem democrática que reveste o Ministério Público e, por consequência, os seus instrumentos, afastando qualquer acusação leviana de ingerência nos atos dos administradores públicos. Antes, todavia, deve-se estudar brevemente a evolução da concepção da democracia até aquela que melhor se identifica à contemporaneidade.

## **2.1. A concepção de democracia e a sua evolução.**

Em que pese muitos estudiosos procurem distinguir a democracia dos antigos de sua noção moderna, os parâmetros daquela são os mesmos da de hoje, apenas com o refinamento e remodelação necessárias a uma conceituação teórica e inserção prática. Não há, portanto, uma ruptura, mas uma lenta maturação que trouxe apenas distinções de intensidade ou perspectiva. Suas vantagens e críticas continuam sendo as de outrora (GOYARD-FABRE, 2003, p.2-5).

Pode-se afirmar, todavia, que, contemporaneamente, houve uma inegável dispersão de sua definição. Após a Segunda Guerra Mundial, praticamente todas as doutrinas passaram a se apresentar como democráticas, sem necessariamente refletirem os seus ideais. A este inflacionamento e distorções conceituais, Simone Goyard-Fabre chama de “**fato democrático**”, em que a “democracia é forçada a se defender de si mesma” (2003, p.198).

Nesta época de “democracia confusa”, em que a expressão tem diversos significados é importante estudar o seu conteúdo mínimo para que ela não signifique “qualquer coisa”, inclusive práticas opostas. Isto tornaria a palavra sem sentido (SARTORI, 1994, p.22). Para desvendar o seu atual significado, é útil um breve passeio histórico sobre o tema.

A teorização da democracia remete à Grécia Antiga (Atenas, século IV a.C.), onde a participação popular<sup>12</sup> nos interesses da coletividade era uma necessidade. A perspectiva do corpo social sobrepunha-se ao individualismo. A visão que se tinha de liberdade era coletiva. O “povo exercia sua cidadania coletiva e diretamente, na praça pública, ditando para si uma Constituição e leis [...] tinham direito de sufrágio e de deliberação [*bouleusis*] e, em seus debates valia a regra da maioria” (GOYFARD-FABRE, 2003, p.57). Esta oportunidade de participação e autoimposição das restrições norteava a sua concepção de liberdade.

Apesar dos discursos filosóficos que a permeavam e repercutem até hoje, a democracia grega sempre foi alvo de severas críticas, sobretudo pelos defeitos e vícios da alma popular<sup>13</sup>. A contradição entre o *ideal* (um regime fértil da capacidade do povo

---

12 A participação popular ateniense era extremamente restrita. Escravos, mulheres, estrangeiros e crianças eram excluídos deste processo (ou seja, a grande maioria da população). Apenas homens atenienses maiores de idade tinham tal privilégio.

13 A democracia grega recebeu muitas críticas, consagrando-se Platão nesta tarefa com sua obra *A República*. O seu pessimismo em relação àquele regime fundou-se no despreparo intelectual dessa maioria, que institucionalizaria um amadorismo ameaçador da ordem moral e institucional da *pólis*. Para ilustrar isto, ele utilizou-se da alegoria de uma nau desgovernada, em que o experiente capitão fosse excluído da condução do navio por uma maioria de marinheiros ignorantes. Defendeu, portanto, um governo dos mais preparados, ao menos nas decisões de maior relevo, que seriam os filósofos. O seu receio também se fundamentava na prevalência de uma retórica sofista diante de um povo insensato.

Não se pode esquecer de mencionar também as lições de Aristóteles, em sua obra *A Política*, para quem a democracia não representava o melhor dos modos de governar (sendo a pior das boas formas), título que dedicava à *politie* (politéia, ou governo constitucional/republicano, conforme a tradução). Neste último, os governantes deveriam orientar suas atenções para o bem comum ou um interesse geral,

de autogoverno) e a **realidade** (inaptidão popular para a ordem e disciplina) envolveu-na em uma ambivalência essencial, geradora de esperanças e ameaças e destacada pela filosofia política de sua época (GOYFARD-FABRE, 2003, p.97).

Séculos após (XVI d.C.), reacendeu-se o pensamento político a respeito do tema, como uma ruptura com os dogmas teológicos-políticos da era medieval e maturando-se as críticas da Reforma e do Renascimento. O conceito de *povo* passou a se vincular com o de *coisa pública* (república) sofrendo cada qual uma evolução interpretacional<sup>14</sup>.

No Liberalismo que despertava na Inglaterra (século XVII d.C.), a soberania popular teve enfoque em diversos discursos revolucionários, como antítese ao absolutismo. Pensadores como Thomas Hobbes (*O leviatã*), John Locke (*Tratado do Governo Civil*) e Montesquieu (*O Espírito das Leis*) contribuíram para o amadurecimento dos princípios que viriam a despontar como ideais democráticos (representação, mandato, Constituição e liberdade). Ainda que eles não pretendessem teorizar a democracia, a doutrina jurídica tomou de empréstimo diversos de seus elementos conceituais para tal finalidade, agregando à teoria democrática ocidental a **virtude cívica** (*republicanismo*), a **moderação do regime constitucional** (*equilíbrio de poderes*) e a **diversidade de opiniões e tendências** (*pluralismo partidário*).

Os discursos fundadores da democracia dessa época são atribuídos a Baruch Spinoza (*Tratado Político*), Rosseau (*O Contrato Social*) e Emmanuel Joseph Sieyès (*O que é o Terceiro Estado?*), culminando na Revolução Francesa de 1789 (com a proclamação da *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*) e sua bandeira de **liberdade**, **igualdade** e **fraternidade**, que se alimentou especialmente deste último pensador.

---

preservando, também, os interesses da minoria. Defendia o “governo de muitos”, que seriam a classe média (ponto de equidade entre os ricos e pobres). A democracia, por sua vez, fundar-se-ia no cumprimento apenas da vontade da maioria, sendo, então, a forma deturpada do governo constitucional (BELLINETTI, 1997 p.34). Por isto, é tradicional a vinculação da democracia com o princípio da maioria, atrelando-a com à vontade majoritária, como observado na Grécia antiga e seu modelo de participação direta.

14 Isto se atribui à análise de Maquiavel em suas obras *O Príncipe* e *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, sendo que neste enaltece a República Romana, bem como na interpretação destes escritos por Rosseau em *O contrato Social* (GOYARD-FABRE, 2003, p. 103 e seguintes).

A Revolução Francesa exaltou a soberania popular e o sufrágio universal como corolário dela. Todavia, não escapou daquela ambivalência (ideal/realidade), em que o autoritarismo evocava a sua legitimidade “democrática” do apelo popular, desbocando no totalitário regime napoleônico que não representava aqueles princípios (GOYARD-FABRE, 2003, p.187).

Durante o século XIX d.C., o “fato democrático” começou a se impor e a palavra democracia despregou-se das concepções de *governo* e *regime político*, inflacionando-se para refletir mais uma *mentalidade*.

Em meados do século passado, entretanto, a expressão revestiu-se de uma amplitude ameaçadora, forçando à compreensão de seu real sentido contemporâneo, para minorar os malefícios de sua usurpação por discursos oportunistas em absoluto desprezo à sua longa genealogia.

Neste contexto, Simone Goyard-Fabre aponta as **máximas ordenadoras** do ideal democrático que não foram renegadas ao longo de sua evolução histórica: “é preciso que o povo tenha a liberdade de designar aqueles que governam; é preciso que os governantes trabalhem sem se afastar da preocupação constante com igualdade e justiça pelo bem de todos” (2003, p.341). Trata-se de **dois princípios gerais** dos quais foram deduzidos outros como soberania popular, representação, sufrágio universal, regra majoritária, cidadania, equidade social etc.

A eleição periódica dos representantes (de forma direta ou indireta, com uma ou outra variação semântica) sempre se fez presente na delimitação da democracia como um remédio para o crescimento de um poder tirânico.

Com a evolução da sociedade, globalização e a massificação do indivíduo, ficou impossível se cogitar de uma *democracia direta* como nos seus primórdios. A **democracia representativa** (ou indireta) é hoje inafastável, com pequenas adaptações à realidade política e cultural de cada país.

A vontade da maioria na escolha de um representante, entretanto, para ser válida, não pode ser viciada<sup>15</sup>. Os cidadãos devem estar plenamente conscientes das consequências de suas decisões e atentos para os anseios sociais (o “bem comum”),

---

15 Nas palavras de Giovanni Sartori, “eleições livres sem opinião livre não expressam nada” (1994, p.145).

sob pena de concretizar os apontamentos de Platão e Aristóteles. Esta é a base do acesso à *informação* pelo cidadão, erigido como um dos direitos fundamentais. Não se trata de qualquer informação, mas a mais próxima possível da verdade<sup>16</sup>. Por isto, a liberdade de imprensa e a vedação à censura prévia são tão valiosas num Estado Democrático. De nada presta a prerrogativa de escolha dos governantes se a opção for baseada exclusivamente em dados cuidadosamente escolhidos ou fabricados pelos próprios interessados em se perpetuar no Poder ou em escapar da fiscalização.

A **responsabilidade** dos governantes é também um ideal democrático derivado da representação (mandato) e que depende daquelas mesmas liberdades informativas. Obviamente, pressupõe ainda instituições sólidas de **controle**. A essência da separação dos poderes sempre foi a de conter a corrupção normalmente constatada no absolutismo<sup>17</sup>.

A informação adequada, a liberdade de pensamento e um efetivo **controle social** possibilitam o **debate** sobre as decisões políticas de relevo social. Cabe aqui destacar o entendimento de Habermas<sup>18</sup> que lança a noção de **democracia**

---

16 Como a verdade é inalcançável, repudia-se um monopólio da informação e a censura aos meios de comunicação, visto que, com grande número de divulgadores de dados, o cidadão poderá ter acesso às diversas perspectivas de determinados fatos, podendo formar livremente a sua convicção.

17 A separação de Poderes e o decorrente controle e limitação mútua remetem a Montesquieu em *O Espírito das Leis*, que o via mais como uma condição essencial para uma política de liberdade que como um princípio decisivo da democracia.

18 Habermas, idealizador da Teoria do Agir Comunicativo aplicável nas sociedades democráticas (gerando a noção de *democracia deliberativa*), define esfera pública como “um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicativos são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. Descobrimos que o mundo da vida é um reservatório para intenções simples; e os sistemas de ação e de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida, continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções gerais de reprodução do mundo da vida (como é o caso da religião, da escola e da família), ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral e da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso, quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma

**deliberativa**, em que a esfera pública seria dominada pelo debate e pela argumentação de interesse coletivo, com ampla participação dos cidadãos nas discussões em torno da coisa pública como forma de conferir legitimidade às decisões coletivas. A respeito do princípio democrático, em suas palavras:

O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis (1997, p.242).

Por evidente, para que a vontade seja livre em qualquer destas manifestações, é necessária a **redução das desigualdades sociais**, evitando-se a opressão, a marginalização social etc. Afinal, aquele que não dispõe de um mínimo existencial (inclusive educacional) certamente não absorverá a informação disponível, tampouco efetivará sua participação nas decisões públicas (ocupando-se com a sobrevivência diária). Ainda que se motive a isto, dificilmente encontrará amparo em seu discurso.

A concepção que se deve ter atualmente da democracia, portanto, é mais atrelada à *igualdade* (ausência de hierarquias) do que à *representatividade* (escolha da maioria). Como realçado por Simone Goyard-Fabre, “o governo da democracia não é aquele no qual a representação é um princípio sacrossanto: como o corpo público é soberano, cada um pode participar do exercício da autoridade” (2003, p.210). Exatamente por isto, não se pode entender como democrática apenas a eleição, que reflete o seu aspecto público (ligado à cidadania), mas também a articulação relacionada às **liberdades e igualdade**, voltada à **garantia de participação** (CADEMARTORI, 2016).

Em sintonia com este pensamento, Sérgio Alves Gomes enfatiza que a ideia contemporânea de democracia exige também como principais requisitos 1) a **liberdade de pensamento e de expressão**; 2) a consciência das dimensões individual e social pelos cidadãos; 3) práticas garantidas do **livre debate**; 4) a **maior participação**

---

estrutura comunicativa do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana” (2003, p.92). Esta definição é extremamente ampla para o termo, que é utilizado neste trabalho como sinônimo de setor público.

possível daqueles que serão atingidos pelas decisões; 5) a **consciência e vontade dos mandatários políticos de empregar o poder em benefício da coletividade**; 6) a **alternância no poder**; 7) **equilíbrio entre poder político, jurídico e econômico e o indivíduo** (como uma variante da igualdade material); 8) **respeito à pluralidade de concepções** ideológicas, religiosas, políticas e filosóficas (como expressões da liberdade de expressão e manifestação); 9) busca da **supressão das desigualdades materiais, pobreza** (também decorrente da busca da igualdade material), etc. (2002, p.17-18)<sup>19</sup>.

Não basta a presença de **um ou alguns** destes ideais em um regime de governo para qualificá-lo como democrático. Isto permitiria assim adjetivar até mesmo governos fascistas. Há necessidade de respeito **a todos** esses requisitos. Por isso, a democracia não se contenta apenas com o direito de eleger representantes. Neste aspecto, Cláudio João Medeiros Miyagawa Freire:

Cumprе ressaltar que o regime democrático aqui tratado não pode ser visto sob a ótica reducionista de um regime político estabelecido para a escolha de representantes no Parlamento e no Poder Executivo. A democracia sustentada neste estudo deve ser entendida como o regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões políticas, tendo em vista sempre a promoção de valores de convivência humana como a igualdade, liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas (2012, p.201-202).

Essa visão reducionista pode levar a um retrocesso perigoso, típico dos tempos

---

19 Na palavras do autor: “[...] a ideia de democracia, para se concretizar, exige dentre seus principais requisitos os seguintes: liberdade de pensamento e de expressão, consciência das dimensões individual e social, inerentes a todo ser humano; práticas garantidas do livre debate, em torno de questões de interesse individual e social; maior participação possível dos interessados – entendendo-se, como tais, todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos das decisões, a serem tomadas – nas discussões das questões que exigem deliberação, efetiva vontade de quem exerce o poder, em qualquer de suas esferas, de empregá-los tão somente em benefício da coletividade, segundo os fins por esta previamente estabelecido, não perpetuação dos mesmos governantes, no poder; equilíbrio entre poder político, jurídico e econômico e o indivíduo, de sorte a não ser este um objeto nas mãos daquele; mas, sim, sujeito de direitos individuais, sociais e políticos a serem salvaguardados pela ordem jurídica; respeito à pluralidade de concepções ideológicas, religiosas, políticas e filosóficas; exercício da tolerância, tendo em vista a coexistência de múltiplas cosmovisões; não diluição do indivíduo no grupo do qual participa; constante busca da supressão das desigualdades materiais, pobreza no intento de ajudar os menos favorecidos a se tornarem capazes de autopromoção e a se reconhecerem como sujeitos dotados de dignidade” (2002, p.17-18).

do Estado Liberal (e por isso chamada de *democracia liberal*<sup>20</sup>), em que o exercício do poder se efetivava apenas pelos representantes eleitos sem qualquer participação popular (o que o identificava com uma *democracia absolutamente indireta* ou *puramente representativa*). Trata-se de um modelo de intensa exclusão, refém do poderio econômico. Este impõe limitações aos direitos e liberdades fundamentais, desprestigiando a igualdade (formal e material). A habilitação como eleitor ou a candidatura também apresentam enormes restrições (GOMES, 2011, p.236 e 237)<sup>21</sup>.

Em outras palavras, pode-se dizer que a condição de eleito por uma “maioria” não reveste de democrático qualquer das opções manifestada por uma pessoa no exercício de seu mandato (não é uma “carta em branco”), da mesma forma que não pode ser compreendida como antidemocrática qualquer atuação política daqueles não eleitos. Como já lecionava Aristóteles, “são os costumes democráticos que fazem a democracia e os costumes oligárquicos que fazem a oligarquia. Quanto mais os costumes são bons, mais o governo também o é” (1998, p.77).

Será democrático, por exemplo, o Poder Constituinte Originário que, apesar de manifestado por indivíduos não eleitos, ao fixar as bases de um novo ordenamento jurídico, defenda esses valores e princípios, fixando-os na Carta Maior de um novo

---

20 Willian Buchmann, estudando a necessidade de participação social na coisa pública como limitadora de uma democracia meramente representativa, lembra que “a visão reducionista de democracia (representativa), atrelada apenas à participação popular na elaboração de leis diz com uma postura liberal-individualista de Estado de Direito, absolutamente destoante (e descontextualizada) do que foi preconizado pelo constituinte de 1988 desde o preâmbulo da Constituição, ao prever que a República brasileira se constitui em Estado Democrático de Direito” (2017b).

21 Sérgio Alves Gomes, analisando a “democracia liberal”, é quem traz essas importantes ponderações dos perigos do retrocesso em se adotando essa visão reducionista: “O que se denomina aqui com esta expressão é um modelo de se entender a democracia apenas em seu aspecto político-eleitoral, típico dos tempos do Estado liberal. É a democracia puramente representativa, na qual a habilitação como eleitor sofre várias restrições, inclusive de natureza econômica. E, para candidatar-se, maiores ainda são as limitações.

As preocupações da democracia liberal resumem-se à salvaguarda dos direitos civis e políticos. E mesmo estes se restringem em favor das camadas mais fortes economicamente da população. Portanto, é uma democracia de baixo índice participativo. Nela, assim como foi típico do Estado liberal, não se garante a todos o gozo de *direitos fundamentais*, nem mesmo os de liberdade e igualdade perante a lei.

Durante quase todo o século XIX, a democracia liberal conviveu com a escravidão institucionalizada[...]. Na prática da democracia liberal, o exercício do Poder se dava apenas por meio de representantes eleitos. É uma democracia absolutamente indireta. Nenhuma participação direta do povo no exercício do poder se fazia presente. É um modelo de democracia tão excludente que não se envergonhava de *excluir* ainda mais os *já excluídos* ao, por exemplo proibir o exercício do voto pelos mendigos” (2011, p.236 e 237).

Estado. Por ser uma quebra revolucionária, normalmente a Assembléia Constituinte reproduz os valores e anseios populares de sua época, retirando daí sua legitimidade. Conforme Celso Ribeiro Bastos :

(...) o órgão incumbido de fazer a Constituição não goza de liberdade plena. Jorge Miranda exemplifica com a hipótese de ser democrática a ideia de direito prevalente. Diz ele que mesmo nessa hipótese, sem embargo de haver plúrimas modalidades de erigir o sistema de direitos fundamentais, de organização econômica, política ou de garantia da constitucionalidade, ainda assim o poder constituinte formal estará adstrito a uma coerência com o princípio democrático (2001, p.39).

Contemporaneamente, então, o modelo de **democracia participativa** (ou a deliberativa de Habermas) é o que melhor reflete os anseios democráticos listados, sendo uma forma aprimorada das demais e, **em tese**<sup>22</sup>, com menor incidência dos paradoxos e defeitos citados. Essa adjetivação seria destinada aos regimes políticos empenhados na realização prática dos propósitos democráticos, com um povo ativo e livre em seus pensamentos e manifestações (GOMES, 2011, p.239 a 245).

Isso se identifica de certa maneira com a ideia de governo constitucional adiantada por Aristóteles e representa o modelo brasileiro. Tanto que a Constituição Federal de 1988, de início, anuncia a opção pelo regime democrático e a forma republicana de governo (artigo 1<sup>o23</sup>), voltada ao bem comum e reconhecendo o interesse das minorias (artigo 3<sup>o</sup>, I e IV<sup>24</sup>).

---

22 Em tese, pois, como visto, não basta oportunizar a participação, sendo imprescindível garanti-la através de valorização da liberdade, com redução das desigualdades sociais.

23 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I - a soberania;  
II - a cidadania;  
III - a dignidade da pessoa humana;  
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;  
V - o pluralismo político.

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

24 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em resumo, o sistema democrático pressupõe **igualdade** (material), **informação**, **liberdade de expressão**, **participação popular**, **debate** e **controle da esfera pública**. Este é realizado e aqueles são defendidos pela instituição do Ministério Público, como se verá em várias oportunidades deste trabalho, iniciando-se pela seção seguinte.

## 2.2 O Ministério Público como um ente democrático

Como já foi tratado, a Democracia nasceu sob uma ambivalência que reflete o contraste entre *ideal* e *realidade* ou entre *sedução* e *ameaça*. Platão, em sua obra *República*, apresentava críticas ao modelo democrático de sua época, apontando problemas que o sistema de “escolha da maioria” (normalmente despreparada) poderia desencadear. Dentre eles, o filósofo destacava a natural busca de *popularidade* (aceitação dos eleitores) pelos representantes em suas posturas perante situações difíceis, em detrimento daquela que seria a *correta*. Ele também realçava que a maioria, movida por paixão ou convencida por retóricas, podia errar ao tomar decisões precipitadas. Enfim, pelas mesmas razões, aquele pensador tinha que a maioria poderia se dispor a contrariar a lei, já que a legislação foi produzida com base nela e ela poderia excepcioná-la (MACHADO SEGUNDO, 2008).

Essas críticas nunca foram apagadas e se reacenderam no século XIX d.C., com a progressão do “fato democrático” e por intermédio de filósofos como Alexis de Tocqueville, que realçou os temores platônicos de que “a democracia é habitada por um mal propriamente político, cujas raízes estão na mentalidade popular e que corrói até transformar em pó as instituições aparentemente mais promissoras e mais sólidas” (GOYFARD-FABRE, 2003, p.60).

Para minorar alguns destes riscos, no processo de amadurecimento da concepção democrática, desenvolveu-se a ideia de *Constituições Rígidas*, com previsões isentas de alterações por aquela maioria apaixonada ou influenciada por quem quer que seja (as cláusulas pétreas). Estas disposições, em geral, relacionam-se com os pilares democráticos antes citados (direito de sufrágio, responsabilidade, alternância no governo, separação de poderes etc.). Em específico, há restrições a

alterações quanto à presença de instituições sólidas de controle, como é o caso do Ministério Público.

Essa instituição, no exemplo brasileiro, **não se incumbe apenas da fiscalização** e intermediação de reclamações (como uma mera ouvidoria). Sua missão é **promover todos os ideais democráticos listados na seção anterior, através de providências concretas (judiciais ou extrajudiciais)**<sup>25</sup>.

A Constituição Federal de 1988, rompendo com a ditadura que a antecedeu e impregnada dos ideais republicanos, ao inaugurar as tratativas do Ministério Público, no capítulo das “funções essenciais à justiça”, inicia esclarecendo que uma das missões desta instituição é **“a defesa [...] do regime democrático”** (artigo 127).

O constituinte claramente se inspirou na figura do *Ombudsman* existente no Direito estrangeiro, em que uma entidade ficaria incumbida de receber reclamações dos cidadãos e agir com imparcialidade para solucionar as questões trazidas. No sentido, Raul de Mello Franco Júnior:

Na concepção de “sociedade democrática” ou “sistema constitucional democrático” ou daquilo que Robert Dahl intitulou “democracia mínima”, destaca-se, como elemento basilar, a garantia de direitos de liberdade e participação política. Insere-se, pois, na matriz do Estado de Direito, a oportunidade de participação do cidadão nos destinos e condução dos atos governamentais, participação esta que se exprime por prerrogativas que pavimentam a fruição dos direitos políticos, dos direitos de nacionalidade, do direito de petição, de crítica etc.

Em amplitude horizontal, é neste cenário que se concebe a figura do Ombudsman, como agente apolítico e independente, de investidura temporária, capaz de servir de receptáculo primário das vozes de inconformismo do povo, erguidas contra as ameaças, abusos ou omissões do Poder Público.

No Brasil, os trabalhos constituintes que precederam a Constituição de 1988, embebidos no ideal da redemocratização do país, foram contaminados pela ideia da instituição do Ombudsman, de forma similar àquela adotada no continente europeu. Tal o contexto em que brotou a redação do art. 129, inciso II, da Constituição da República<sup>26</sup>, assento

---

25 Daí, seus membros serem denominados de promotores de **Justiça** (aqui compreendida em seu sentido amplo) ou procuradores da **República** (em sua conotação ideológica, voltada ao bem comum). Esta nomenclatura veio a substituir a antiga denominação de promotores **públicos**, que remete à época em que a Instituição não possuía a autonomia e independência em relação ao Estado.

26 Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: (...) II- zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

constitucional da “função ombudsman” do Ministério Público Brasileiro (2010).

Justamente por esse perfil constitucional e por sua interferência direta nas políticas públicas de uma sociedade, o Ministério Público não se insere na clássica divisão de poderes de um Estado, podendo ser considerado um **órgão político autônomo** com função de fiscalização, defesa de interesses indisponíveis<sup>27</sup> e promoção social.

Note-se que, conforme a perspectiva adotada, o Ministério Público é considerado pelos estudiosos ainda como um órgão de *governo*, um órgão do *Estado* ou um órgão da *sociedade*.

Partindo-se de sua independência para com outros Poderes do Estado, com o inegável *exercício de parcela da soberania estatal* (com interferência direta na consumação de políticas públicas para a sociedade), visando o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, ele é enquadrado como um **órgão de governo**<sup>28</sup>. Do ponto de vista **estrutural**, como o funcionamento da instituição espelha a fisionomia do Estado que integra (inclusive com destinação de percentual orçamentário incidente sobre o deste), o ente se identifica com um **órgão do Estado**<sup>29</sup>. Sob um prisma **teleológico**, baseando-se em sua atividade na concretização de justiça social e igualdade, o Ministério Público é encarado como um **órgão da sociedade**<sup>30</sup>. Inexistem

---

27 A tradicional incumbência criminal da instituição prosseguiu, visto que envolve a tutela de um interesse transindividual (Segurança Pública), havendo significativa ampliação no âmbito cível.

28 Veja-se o ensinamento de Wallace Paiva Martins Júnior: “Por seu perfil constitucional (arts. 127 a 129), o Ministério Público é órgão estatal independente, com funções e princípios bem definidos, não se inserindo em qualquer dos Poderes do Estado. Em razão da alta relevância de suas competências e funções, voltadas à preservação e ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito e as garantias dos indivíduos e da comunidade, e que justificam sua posição e seu estatuto singulares, o Ministério Público exerce parcela de poderes estatais, podendo ser considerado órgão de governo, premissa que não se confunde com a ideia de Ministério Público no governo” (2002, p.1).

29 No sentido, Hugo Nigro Mazzilli: “[...] porque está investido de uma parcela da soberania estatal e comunga de sua estrutura, o Ministério Público é órgão do Estado. Por isso, a estrutura e o funcionamento do Ministério Público espelham, com bastante correspondência e realismo, a fisionomia do Estado do qual é integrante [...] A Constituição brasileira de 1988, fruto da ruptura com a ditadura antecedente, assentou-se num modelo estritamente democrático. Assim, de forma natural, destinou nosso Ministério Público à defesa do regime que lhe era mais caro” (1998, p.66).

30 Como bem resume Ximena Cardozo Ferreira, sobre a legitimação do Ministério Público: “A legitimação da atuação do Ministério Público advém – importante salientar – de sua configuração teleológica como *órgão da sociedade*, embora formalmente órgão estatal. De fato, a Instituição trabalha

contradições nestas definições, que podem ser reunidas sob o seu enquadramento como um ente político.

É de suma importância destacar que o adjetivo “político” atribuído ao Ministério Público **não se confunde com atuações partidárias ou eleitorais**. Refere-se à característica da instituição voltada à mobilização das vontades coletivas e de promoção de medidas para a satisfação de interesses. A expressão “política” reflete a forma de regulação social sem coerção, servindo de instrumento de consenso entre partes conflitantes (BUCHMANN, 2017b). Afinal,

[...] fazer política passou a ser papel não apenas do Estado e partidos políticos, mas de toda a sociedade. O fortalecimento da sociedade civil foi considerado fundamental para a construção da democracia (DAGNINO, 2000, p. 69). Forjou-se, com isso, um novo padrão de cidadania, com reivindicações de participar efetivamente da definição do sistema, exigindo o cumprimento das promessas constitucionais de cidadania e vida digna (BUCHMANN, 2017a).

Pode-se, dizer, então, que o Ministério Público tem essa feição mista e singular, oriunda de sua **eleição** pelo constituinte para defesa do regime democrático, da ordem jurídica e demais interesses socialmente relevantes.

Com a nova ordem constitucional, ele assumiu *autonomia e independência*, desvinculado-se de qualquer dos três “Poderes” estatais<sup>31</sup>. Assim, a instituição pode enfrentar com isenção, buscando a restauração da ordem jurídica, qualquer agente do Legislativo, Executivo ou Judiciário que a ameace.

Uma das principais formas de atuação do Ministério Público, então, é o **controle, a repressão e a correção** da postura dos gestores públicos, baseando-se na Constituição Federal e nas leis, cuja origem também é democrática. Esta tarefa volta-se

---

em prol do interesse público, dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, empreendendo toda sua energia na busca da concretização dos objetivos de justiça social e igualdade material preconizados na Carta Magna. Nesse sentido, feliz a expressão *Promotor de Justiça*, adotada em substituição a Promotor Público, representante de uma época em que a Instituição ministerial ainda encontrava-se atrelada à função executiva do Estado. [...] De observar, a propósito, que a legitimação constitucional vem cristalizada na Constituição da República, que esboçou o novo perfil do Ministério Público, consoante já apontado. Assim, a Instituição, diante de sua independência frente aos “Poderes” estatais, assume papel ímpar de aglutinador dos interesses da sociedade, labutando pela consagração fática dos direitos e garantias previstos no ordenamento constitucional” (2008, p.252/253).

31 O que leva à dificuldade de sua conceituação e leva parcela importante da doutrina a considerá-lo um **Quarto Poder** (embora o tema seja bastante polêmico).

à adequação do comportamento material da Administração ao princípio da legalidade<sup>32</sup>. Nada mais é que a exaltação da **responsabilidade** dos governantes em seus mandatos.

Para isto, o *Parquet* serve de **canal de comunicação** entre os indivíduos e os seus dirigentes, bem como entre aqueles e o Judiciário (ampliando o acesso à Justiça). Ele recebe reclamações e denúncias de qualquer do povo, **independente de se tratar ou não de eleitor** (cidadão), para apurar atos dos governantes ou violações de direitos ou interesses.

Denota-se, então, o seu **caráter inclusivo**, permitindo que crianças, idosos, estrangeiros, presos, portadores de deficiências e outros vulneráveis encontrem eco em suas vozes e **participem** da fiscalização ou da formação de políticas públicas. Afinal, como se insiste neste texto, a democracia não pode ser enfrentada apenas pelo prisma eleitoral, sob pena de exclusão de significativa parcela populacional sem acesso às urnas.

Ora, um verdadeiro Estado Democrático não deve se curvar exclusivamente ao princípio majoritário. Cabe-lhe respeitar e atender os **interesses de minorias** (normalmente não representada nas eleições). Isto representa o viés republicano de **combate à marginalização e redução de desigualdades**. O Ministério Público repercute também os interesses desses grupos minoritários, que podem, inclusive, **esbarrar nos da maioria<sup>33</sup> e nos da própria Administração Pública**.

Neste esteio, então, a instituição fomenta o **debate**. Uma de suas providências corriqueiras é exatamente concretizar **audiências públicas e reuniões** para a implantação de determinadas políticas, como forma de participação e discussão com a sociedade civil de seus reflexos, o que nos remete à concepção de “democracia deliberativa” de Habermas<sup>34</sup>.

Para atender os anseios da sociedade (ou de parcela desta), o Ministério Público pode ainda encaminhar **Recomendações Administrativas**, celebrar **Termos de**

32 Ademais, sabe-se que é “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (artigo 23, inciso I, da Carta Maior).

33 Veja-se, por exemplo, a política de cotas para deficientes no ensino público superior.

34 Sobre a realização de *audiências públicas* e *reuniões* se tratará mais detidamente na seção 4.3.2.2.

**Ajustamento de Conduta** ou, enfim, ingressar com as diversas espécies de **ações judiciais**. Todos são instrumentos a ele disponibilizados pelos legisladores (eleitos pelo povo).

Em outras palavras, em suas atividades administrativas e judiciais, **além da fiscalização e repressão dos atos dos governantes**, o Ministério Público frequentemente, volta-se à **implantação de políticas públicas e à efetivação de interesses de cunho social**, trabalhando em prol da **redução das desigualdades**, com inclusão social de indivíduos em vulnerabilidade ou obtenção do mínimo existencial<sup>35</sup> (ambiente adequado, medicamentos, estudo, alimentos etc.). Este objetivo é exatamente a perseguição da “igualdade e justiça pelo bem de todos”, tratada como um **dos axiomas gerais** de qualquer democracia por Symone Goyard-Fabre (2003, p.341)<sup>36</sup>.

Por não se atrelar a posicionamentos políticos, é destacada a sua atuação em relação ao Poder Executivo (que deve ser o implementador de grande parte dos direitos). Aliás, Luís Roberto Gomes (2003, p.22) complementa este raciocínio lembrando que a atuação do Ministério Público é devida até na omissão dos agentes políticos:

Destarte, quando o Estado se revela omissor, e a omissão é ilícita, dado que deveria agir, é perfeitamente possível que o Ministério Público, ainda que não eleito por voto popular, intervenha, invocando o controle jurisdicional, ou mesmo por veículo extraprocessual, como a recomendação, para, respectivamente, obrigar o agente estatal à ação ou indicar-lhe o caminho legal para suprir a omissão, sob pena de responsabilização, porque agente político constitucionalmente qualificado para tanto, pelo próprio titular soberano do poder político estatal.

---

35 Pode-se listar como exemplo destas práticas sociais, a promoção de Ações Cíveis Públicas de defesa do Meio Ambiente, Ações de interdições de pessoas portadoras de enfermidades, realização de acordos ou ajuizamento de causas alimentícias em favor de crianças ou adolescentes etc. A atuação do Ministério Público do Trabalho, aliás, é praticamente toda voltada à redução das desigualdades materiais existentes nas relações empregatícias.

36 A mesma conclusão é exposta por Cláudio João Medeiros Miyagawa Freire nos seguintes termos: “Evidente, portanto, o enquadramento do Ministério Público como instituição essencial do Estado Democrático de Direito, uma vez que é, na verdade, instrumento posto pelo constituinte para a própria realização do Estado Democrático de Direito, uma vez que à instituição ministerial incumbe a defesa dos interesses coletivos, valores essenciais à vida em uma sociedade regida por valores democráticos – como os direitos fundamentais sociais e individuais indisponíveis –, sendo uma das condições de existência do Estado Democrático de Direito” (2012, p.157).

Diante disto, compreende-se o porquê da própria **Carta Maior vedar aos membros do Ministério Público a atividade político partidária (artigo 128, §5º, inciso II, alínea e)**. Afinal, ele “não é o defensor do Poder Executivo, do Judiciário ou do Legislativo, mas sim uma instituição que tem como um de seus escopos a defesa do interesse público”<sup>37</sup>, motivo pelo qual os seus integrantes “não podem se sujeitar a qualquer espécie de politicalha” (D’ANGELO, D’ANGELO, 2003, p.95). Em outras palavras, o constituinte ao eleger o Ministério Público como guardião da democracia, **desvinculou-o completamente do sistema eleitoral, proibindo os seus membros de qualquer filiação partidária** (que é um dos pressupostos da elegibilidade). Tudo para resguardar sua imparcialidade e isenção.

A ausência de elegibilidade dos membros do Ministério Público é, portanto, **uma garantia da sociedade em relação aos seus representantes**<sup>38</sup> (já que o voto não lhe confere uma “carta em branco”) e **quanto a ela própria** (rememorando as preocupações de Platão listadas no início desta seção<sup>39</sup>). Esta foi a intenção do

---

37 Aqui é importante diferenciar o interesse público primário do secundário. O interesse público primário representa os interesses gerais e imediatos do povo. Os interesses secundários identificam-se com os interesses da Administração (o Estado como pessoa jurídica). Ao Ministério Público cabe a defesa dos primeiros (primários ou imediatos), que, eventualmente, podem confrontar-se com estes últimos. Por isto é corriqueiro o acionamento judicial da União, Estados e Municípios pelo *Parquet*. Tratar-se-á mais destas distinções e dos possíveis confrontos na seção 3.4 e 3.4 desta dissertação.

38 Conforme leciona MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES, “Os partidos políticos, destinados, na democracia representativa, a serem os grandes catalisadores dos impulsos sociais, encontram-se em situação falimentar. A descaracterização ideológica, a permanente exclusão e distorção de importantes conteúdos da vontade popular, a descolagem dos partidos dos contextos sociais vitais e a desativação de quadros, são sintomas que permitem diagnosticar a insuficiência dos partidos políticos em se constituírem como eixo de legitimação na relação Estado/sociedade civil”. Ele complementa ensinando que “todos os impulsos surgidos do social e conduzidos à esfera estatal pela via parlamentar ou extra-parlamentar, são acolhidos no entrechoque de duas forças inconciliáveis: a necessidade de reprodução material, de um lado, e a necessidade de legitimação política de outro. O desequilíbrio destas forças é favorável à acumulação material, na medida em que o segmento capitalista comanda o elemento inercial do desenvolvimento econômico. [...] Essa situação é agravada em um ambiente de globalização econômica, na medida em que o segmento econômico nacional não é o peso mais significativo que posiciona o fiel da balança para o processo de reprodução do modo de produção capitalista. Aliada ou não à elite econômica, há a pressão dos capitais não nacionais, o que afeta profundamente o equilíbrio entre intenção legitimadora e a intenção de acumulação em ambos os polos: neste, como elemento fundamental para o desenvolvimento; naquele, como detentor de parcela significativa dos recursos destinados às ações sociais do Estado. Essa sobrecarga, não raras vezes, determina uma fragilidade ainda maior do potencial de acolhimento, pelo Poder Público, dos impulsos provindos do social” (2011).

39 Os riscos advindos do recrutamento de Promotores de Justiça por meio de eleições são imensos. Naturalmente, o agente tenderia à manutenção da popularidade para eventual recondução ao cargo, atentando-se aos interesses de seus eleitores em detrimento da massa de excluídos e sem direito a voto.

constituente na vedação, optando por uma outra via democrática de acesso aos cargos da instituição que é o **concurso público de provas e títulos**<sup>40</sup>. Esta seleção é **aberta a todos os que reúnam as condições para o exercício da atividade (bacharelado em Direito, tempo de atividade jurídica)**, e possibilita que o ente seja “integrado por pessoas advindas de estratos sociais mais atentos aos clamores da sociedade” (FREIRE, 2012, p.224).

Ainda que não eleitos, os membros da **entidade não estão isentos da mesma espécie de controle que realizam** quanto aos outros. Não são raros os casos em que **a própria instituição** promove medidas judiciais e extrajudiciais de responsabilização de seus membros (notadamente através de suas Ouvidorias, Corregedorias-Gerais, Conselho Superiores e Colégio de Procuradores – **o controle interno**).

Não bastasse isto, toda a atuação ministerial encontra-se sob a **fiscalização externa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**, formado por conselheiros com mandato de dois anos, nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado (artigo 130-A da Constituição Federal). Este Órgão também recebe reclamações de qualquer do povo. O Ministério Público, portanto, **fiscaliza e é fiscalizado**. Tudo isto corrobora seu perfil democrático.

Por todo o exposto, é inegável o caráter democrático do Ministério Público<sup>41</sup> e das ferramentas para o cumprimento de seus misteres. Pensar o oposto é restringir equivocadamente o conceito de democracia à representativa (vinculando-a unicamente à eleição), esquecendo-se da grande massa de excluídos das urnas e de que os representantes podem adotar posturas antidemocráticas merecedoras de controle e

---

Não possuiria a imparcialidade necessária para enfrentar os outros poderes ou mesmo entes privados de grande poderio econômico, com grande capacidade de influência nas urnas. Estes, aliás, certamente apadrinhariam os “seus candidatos” (através de financiamento de campanhas etc.), que, uma vez eleitos, encontrar-se-iam em posição de retribuição. Além disso, os membros do Ministério Público submeter-se-iam às sedutoras corrupções que se relacionam à formulação de campanhas eleitorais e políticas, padecendo do mal que deveriam combater.

40 Esta forma de seleção homenageia os princípios da **impressoalidade** e da **eficiência** nos serviços públicos, insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

41 Tanto é assim, que sua presença é considerada uma cláusula pétrea em nossa Constituição, não podendo ser alvo de Emenda Constitucional tendente a abolir a Instituição. Veja-se a lição: “Por ser um ente do Estado Democrático de Direito, a Constituição de República protege a instituição ministerial contra a competência de reforma constitucional tendente a aboli-la ou modificar o seu perfil, podendo-se concluir que o Ministério Público é uma cláusula pétrea implícita” (FREIRE, 2012, p.156).

fiscalização.

### 3 OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Para uma adequada compreensão dos interesses transindividuais, é necessário regressar à antiga distinção entre interesses e direitos. Também é útil analisar as expressões tidas como seus sinônimos (metaindividuais e supraindividuais) e sua adequação para descrever o fenômeno. Após, imprescindível avaliar as categorias de interesses coletivos e sua relação com a transindividualidade,

Um tema que merecerá atenção neste estudo é a possibilidade de **conflito entre os diversos interesses coletivos derivados de um mesmo evento**, bem como pontuar a distinção deles para com interesses públicos ou sociais.

Enfim, inevitável citar exemplos para ilustrar os conceitos. É tudo o que se pretende neste capítulo.

#### 3.1 Direitos ou interesses

A distinção entre *direitos* e *interesses* é uma das dificuldades para a formulação e compreensão de uma teoria do direito coletivo no Brasil.

O tema é bastante controvertido e traz a frequente confusão derivada da importação dos conceitos do direito privado clássico (de ótica patrimonial e individualista).

Classicamente, a distinção entre direitos e interesses remonta aos utilitaristas, notadamente Rudolf Von Ihering, que no século XIX d.C. já lecionava que “o direito é o interesse juridicamente protegido”. Nesta definição, identificam-se os seus elementos substanciais (a utilidade prática, a vantagem ou o interesse propriamente dito) e formais (a proteção do direito, o meio disponibilizado, a tutela jurídica).

A palavra interesse, em seu sentido genérico, envolve a ligação entre um sujeito e um bem da vida que ele valorize (CARVALHO NETO, 2005, p.15). Ele encontra-se no plano fático e na subjetividade do indivíduo, remetendo à noção de vantagem ou utilidade. Pode ser guiado por uma nobreza de espírito ou refletir puro egoísmo, conforme as características personalíssimas do interessado. Assim, nem todo interesse apresentará relevância para o Estado, que se guiará pela utilidade social dele reflexa.

O interesse jurídico, por sua vez é aquele que passa por um processo de apreensão principiológica, sua valoração se desprende do indivíduo e migra para a norma (valoração predeterminada), alterando-se sua noção de vantagem possível frente ao ordenamento. Para, Inácio de Carvalho Neto, “o interesse jurídico tem como referencial certo valor inscrito na norma, os interesses *lato sensu*, ao contrário, se expandem livremente, se comunicam, se entrecrocamos, se assimilam, se repelem, porque estão situados em outro plano, o plano fático. Não havendo um ponto axiológico predeterminado, todas as combinações entre os interesses *lato sensu* são possíveis; por vezes, essas mutações os compatibilizam; por vezes, os colocam em situações de divergência” (2005, p. 16).

Deve-se perquirir, então, a distinção entre interesse e direito.

Boa parte da doutrina, sob a ótica individualista, defende que o interesse diferencia-se do direito na medida em que só há este último quando há expresse reconhecimento pelo ordenamento (positivação). Esta visão remete à relação jurídica clássica que decorre de um fato jurígeno, estando atrelada à concepção de um ou alguns sujeitos ativos (titulares do direito) e passivos (devedores de um comportamento ou abstenção). Todavia, quando estamos diante de interesses transindividuais, em que não se visualiza com exatidão a titularidade do direito, mesmo que exista a proteção jurídica no ordenamento, essa importação de conceitos se revela inadequada.

Em outras palavras, diante da violação de um bem reconhecido e tutelado pelo ordenamento (o que naquela concepção individualista implicaria em um direito, pois há “interesse tutelado pela norma”), em que pese identificável o sujeito passivo (devedor/violador), não se visualizariam os titulares. Ressurge, assim, a dúvida quanto às expressões interesse e direito na seara coletiva

Para uns, os termos são sinônimos, sendo de pouca relevância a diferenciação e motivo do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único e incisos, utilizar ambas as expressões. Aliás, o legislador alterna-se nesta opção. A lei n.º 7.347/1985 (da Ação Civil Pública) usa a expressão interesse em seu artigo 1º, inciso IV. A Constituição Federal, ao tratar das missões do Ministério Público, reconheceu o termo “interesse” no inciso III do artigo 129, utilizando, porém, ambos (“direitos e interesses”) no inciso V do mesmo dispositivo. Enfim, a lei n.º 12.016/2009 (que

disciplina o mandado de segurança individual e coletivo) opta pela expressão “direitos” no parágrafo único de seu artigo 21.

Para outros, como Hugo Nigro Mazzilli, a expressão direito remete à ótica individual, ao passo que os interesses à esfera transindividual. Ele pressupõe, ainda, que o reconhecimento jurisdicional do interesse importa em sua transmutação em direito:

[...] ambas as expressões estão corretas, mas significam coisas diversas. Para os fins que ora nos dizem respeito, *interesse* é pretensão; *direito* é a pretensão amparada pela ordem jurídica. Assim, p. ex., uma ação civil pública que busque a tutela de valores transindividuais que, ao final, se vejam definitivamente reconhecidos como inexistentes, essa ação objetivou a defesa dos interesses difusos; já outra ação que busque a tutela de valores transindividuais definitivamente reconhecidos como existentes objetivou a defesa de direito difusos [...] (2012, p. 54-55).

Luiz Fernando Bellinetti, por sua vez, defende que o termo *direito* remete à esfera privada, sendo mais adequado se falar em *interesses* coletivos em sentido amplo, uma vez que não se perquire o direito subjetivo e sim o *dever jurídico* de quem deve respeitar esses (o qual decorre do ordenamento jurídico).

O importante é se reafirmar o fato de que em face de tais interesses, o ponto que está em foco não é o direito subjetivo das pessoas que eventualmente possam ser englobadas no seu âmbito, mas sim o dever jurídico daquele que está perturbando tais interesses. Por isso, preferimos utilizar o termo *interesse*, e não o termo *direito*, mais ligado a uma ótica individual (1997, p.197).

Em suma, nas hipóteses coletiva e difusa, não existem titulares de direito e sim *devedores*. Não havendo titulares, os legitimados para a tutela desses interesses são aqueles a que a lei atribui essa missão.

A distinção demonstra sua utilidade acadêmica sobretudo quando tratamos de direitos difusos. Neste, por definição, **inexiste uma relação jurídica base**. Logo, difícil a sua definição como direito (que tradicionalmente vincula-se a uma relação jurídica – o que é perfeito para a ótica individual). A união decorre unicamente de uma situação fática. Por isto a relação jurídica que se forma é entre o ordenamento (impondo um dever) e o DEVEDOR (este determinado). Por isto, a expressão *interesse* é mais

apropriada para tratar a categoria coletiva como um todo.

### **3.2. Conceito de interesses transindividuais**

Os interesses transindividuais se apresentam como “intermediários” entre o interesse público e o individual. São aqueles que extrapolam a órbita individual, sem necessariamente constituir um interesse público ou social.

Ontologicamente não se distinguem do interesse individual na medida em que igualmente refletem vantagens ou utilidades reconhecidas pelo ordenamento jurídico (no caso dos transindividuais, bens jurídicos indivisíveis), diferenciando-se pela qualidade dos interessados e legitimidade de se cobrar eventual tutela em caso de violação. Os transindividuais representam a síntese de interesses individuais pulverizados pela sociedade (BELLINETTI, 2005, p.673).

Pode-se dizer que o reconhecimento da transindividualidade é fruto da evolução e massificação da sociedade, em que houve a necessidade de se substituir o acesso individual à Justiça pelo coletivo como forma de melhor atender determinados conflitos que encontram obstáculos (de ordem econômica ou social) na forma tradicional de tutela. Nesse sentido, é a lição de Bellinetti:

[...] a configuração desses interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos) é uma decorrência do desenvolvimento social, em face da necessidade de poder resolver litígios de uma maneira coletiva, simplificando e tornando possível uma maior efetividade do Direito (1997, p.195).

Diante disto, Ada Pellegrini Grinover define os interesses transindividuais como aqueles

indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados no meio do caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capaz de transformar conceitos jurídicos estratificados, com a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos. Como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da

jurisdição, da ação, do processo (2008, p. 229).

Feita esta pequena introdução do tema, passa-se a destacar alguns aspectos que permitirão melhor compreensão desse fenômeno jurídico.

### 3.2.1 Melhor terminologia para os interesses coletivos em sentido amplo

Apesar da doutrina e jurisprudência maciça tratarem os termos transindividuais, metaindividuais e supraindividuais como sinônimos, é interessante verificarmos qual das nomenclaturas parece mais adequada para a diferenciação das categorias dos tratados direitos ou interesses como exercício para a dominação do conceito.

O prefixo “trans” vem do latim e significa “além, através”. Por isto, há a sua utilização em palavras como “transformação” (além da formação), “transportar” (além do simples porte), transexualidade” (além do sexo biológico) etc. É a mesma definição encontrada para o termo “meta” que, por sua vez, remete ao grego.

O sufixo *meta* implica em mudança de lugar, uma posição posterior (como em metacarpo), uma nova condição, uma transcendência, uma evolução (como em metamorfose). Assim, o termo metaindividuais também seria adequado para descrever esta “evolução” da concepção do individual para o coletivo em sentido amplo. Não ignoraria sua vinculação com o interesse individual ora elevado a outra categoria. Da mesma forma, não permitiria confundir o interesse difuso com o interesse público (do Estado ou da sociedade), com o qual pode até contrastar. Enfim, parece melhor se adequar à noção de indivisibilidade do bem jurídico.

No que se refere aos **supraindividuais**, o prefixo supra também tem origem latina e traz a noção de superioridade, sendo sinônimo de “super” e “sobre” (exemplos: supracitado e supranatural). Remete a algo superior e sem contato com o inferior. A nomenclatura dá entonação de um paralelismo horizontal, de existência sem contato com o nível inferior (ausência de interseções). Traduz uma “supremacia”. Por isto, parece ignorar a sua origem nos indivíduos como um todo (sendo o fruto da síntese de seus interesses). Sem indivíduos não há o interesse difuso. Esta definição dificulta a compreensão dos interesses coletivos em sentido estrito (que se relacionam a um

grupo ou classe determinável, cujos anseios não são necessariamente “superiores”, como em uma ação coletiva que pretende majoração salarial ou correção de alíquota de desconto previdenciário). Também causaria confusões com os interesses públicos em sentido amplo (abrangendo os do Estado e da sociedade e que não se confundem com essas categorias, que com eles pode contrastar).

A definição como *trans* ou *metaindividual* parece mais correta, pois concebe esses interesses como “além dos individuais”. Parte do reconhecimento destes para uma pluralidade indefinida. Há uma visão de superioridade vertical (a “transformação” ou “metamorfose”) em que os interesses coletivos alcançam um novo nível.

### 3.2.2 Categorias de interesses coletivos

Os interesses transindividuais se dividem nas modalidades **difusa** e **coletiva em sentido estrito**.

Os **individuais homogêneos**, como o próprio nome traduz, não se configuram em interesses “transindividuais”, pois eles são divisíveis (conforme a maioria da doutrina) e seus titulares determináveis, mas o ordenamento lhes possibilita uma tutela coletiva com utilidade indivisa. Luiz Fernando Bellinetti, todavia, entende que eles também são transindividuais (2005).

Todos esses (transindividuais e individuais homogêneos) são categorias do gênero interesse coletivo em sentido amplo.

Segundo o artigo 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, interesses difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Luiz Fernando Bellinetti critica a utilização do termo “titulares”, em virtude da remessa à concepção clássica e individualista (direito subjetivo, propondo que se leia o dispositivo como “**os transindividuais, de natureza indivisível, que sejam pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato**” (2005, p. 670/671)

Suas características elementares são: A) transindividualidade, B) indivisibilidade (todos são atingidos pela ofensa ou pela solução), C) interessados indeterminados

(diluídos na sociedade) e D) **ligação fática** entre estes.

O mesmo artigo 81 do CDC, em seu parágrafo único, inciso II, define como interesses coletivos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso (2004), o interesse coletivo, no sentido restrito, é a **síntese** dos interesses individuais, organizados e unidos por uma relação jurídica base, constituindo um interesse novo e indivisível (o do grupo ou classe).

Suas características elementares são, então: A) transindividualidade; B) indivisibilidade; C) relativa determinabilidade dos “titulares” (grupo, categoria ou classe – chamados “entes exponenciais” – com a característica deles se apresentarem através de uma organização, que lhes dá coesão perante os demais interesses, o que pode ser identificado como a relação jurídica entre eles, indicada a seguir); D) ligação dos indivíduos entre si ou com a parte contrária por uma **relação jurídica base preexistente** (é o vínculo jurídico comum e homogêneo, que aglutina os indivíduos abrangidos pelo mesmo interesse). A determinabilidade decorre exatamente desta relação jurídica base.

Enfim, o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, conceitua os interesses individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum.

Luiz Fernando Bellinetti assim os define:

**“são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum**, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa” (2005, p.668, grifos nossos).

Suas características elementares são, portanto: 1) individualidade; 2) divisibilidade (para Bellinetti o bem Jurídico é indivisível, sendo as ofensas a este divisíveis - tanto que executarão o provimento individualmente); 3) determinabilidade dos titulares, e 4) origem comum (fática, temporal ou mesmo uma relação jurídica

desde que posterior aos fatos – sendo derivada da violação).

Para Mancuso, aqui estamos diante de uma **soma** de interesses individuais (diferente do coletivo em sentido estrito, em que há a “**síntese**” desses interesses). É a justaposição ou aglutinação de interesses individuais, exercidos coletivamente. Ele critica a colocação destes interesses no gênero “interesse coletivo”, pois o mero exercício coletivo de interesses individuais não os transforma em verdadeiros interesses coletivos.

Bellinetti discorda, ensinando que

[...] os interesses individuais homogêneos podem ser assim caracterizados: 1º - Aspecto subjetivo: Origem comum, consistente na existência de relação jurídica base com a parte contrária, e a determinabilidade dos componentes do grupo a que diz respeito o interesse (“titulares”). 2º - Aspecto objetivo: indivisibilidade do bem jurídico, pois embora existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente – daí a indivisibilidade, porquanto um único provimento a todos aproveita, e a partir dele cada um pode individualizar o seu interesse em ações individuais embora eventualmente a própria execução possa ser coletiva, como previsto em nosso direito positivo no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. [...] Assim, pode-se definir os interesses individuais homogêneos como os interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso coletivo (2005, p.670/671).

Podem ser utilizados como exemplos de interesses **difusos**: a proteção ao meio ambiente (danos decorrentes de contaminação de água, poluição do ar); o direito de todos não serem expostos à propaganda enganosa e abusiva veiculada pela televisão, rádio, jornais, revistas, painéis publicitários; a necessidade de salvaguardar da destruição o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a defesa do erário público; o combate à inserção de cláusulas abusivas em contratos de massa; a vedação à exposição e venda de produtos vencidos, com vícios de qualidade ou defeito etc.

Como exemplo de interesses coletivos, podemos citar: a ilegalidade do aumento da mensalidade escolar em uma instituição privada de ensino para alunos já matriculados; os interesses dos moradores de um mesmo condomínio etc.

Enfim, são exemplos de direitos individuais homogêneos o dos adquirentes de um mesmo modelo de automóvel com vícios ocultos (casos de *recall*); os de compradores de um loteamento clandestino sem a infraestrutura instalada; os dos proprietários ribeirinhos por danos causados pelo vazamento de uma indústria etc.

### **3.3 A plurilateralidade (um fato originando diversos interesses). As correntes doutrinárias para a identificação desses interesses coletivos no caso concreto**

Interessante anotar que de um mesmo fato podem decorrer diversos tipos de interesses, o que pode causar certa perplexidade na identificação da categoria na qual se enquadram.

Há, basicamente, três correntes doutrinárias sobre a análise de um interesse e seu enquadramento como difuso, coletivo ou individual homogêneo: 1) a que parte do ponto de vista processual, 2) a que se baseia na análise do direito material e 3) a híbrida, que defende a utilização de ambos os conceitos (NAZIMA, 2014).

Para a primeira, a distinção entre coletivos, difusos e individuais homogêneos basear-se-á no que o autor da ação vai trazer para o processo (o objeto litigioso – o pedido e causa de pedir). É a posição de Nelson Nery e de Luiz Fernando Bellinetti. Este último, a propósito leciona que “a caracterização do interesse decorrerá, no caso concreto, do tipo de tutela jurisdicional postulada perante o órgão estatal encarregado de prestá-la” (2005).

Para outros, a diferenciação está no campo do direito material (o direito subjetivo) que não se limita pelo processual, por serem ramos independentes. É a posição de Antônio Gidi (1995, p.21).

Finalmente, há os que defendem o caráter híbrido, argumentando que não se podendo excluir uma ou outra análise, pois elas se complementam. É a posição de Rodolfo Mancuso (2012, p.104).

Cabe lembrar que, partindo da distinção entre direitos e interesses, tendo sido aceita esta última como a adequada (pois, apesar da tutela do ordenamento, não é possível identificar titulares e sim devedores), especialmente pela diferenciada relação

jurídica que os envolve (sem sujeitos ativos e sim legitimados, remetendo à concepção de Hans Kelsen resgatada por Bellinetti para a seara coletiva), a visão processual é a que mais coaduna com a utilidade/vantagem que se encontra no seu reconhecimento legal.

Nesta ótica, é possível destacar um exemplo fático de que um mesmo evento gerará diferentes interesses conforma as demandas que se ajuizarão.

Recentemente (em 05 de novembro de 2015), foi notícia mundial a tragédia de Mariana, em Minas Gerais, onde o rompimento de uma barragem em que se depositavam detritos advindos da exploração mineral na região causou danos sem precedentes. Os fatos foram assim divulgados resumidamente:

O rompimento das barragens de Fundão e Santarém, dia 5 de novembro na unidade industrial de Germano, entre os distritos de Mariana e Ouro Preto (cerca de 100 km de Belo Horizonte), provocou uma onda de lama que devastou distritos próximos. O mais atingido foi Bento Rodrigues. Há relatos de desaparecidos, e o número total de mortes ainda é desconhecido (D'AGOSTINO, 2015).

Desses fatos decorreram perdas de vidas, de patrimônio, assoreamento e contaminação do rio por todo o seu percurso. Há, então, diversas perspectivas que se pode tomar.

O impacto ambiental gerado pelo assoreamento dos rios, morte de animais, entre outras coisas, evidencia um **interesse difuso** (transindividual, indivisível, que afeta pessoas indeterminadas, fruto de relação fática e não jurídica).

Percebendo as falhas ocorridas no caso, eventual pretensão dos trabalhadores da mineração na imposição de obrigação de fazer à empresa exploradora para que realize melhorias na segurança do ambiente de trabalho – um **interesse coletivo** – (objeto indivisível de pessoas ligadas por vínculo jurídico com a parte contrária – contrato de trabalho – e entre si – associação – que se determinam como uma categoria de trabalhadores).

A pretensão de indenização dos parentes dos mortos ou moradores do distrito afetado soterrado – interesse **individual homogêneo** (patrimonial de pessoas determinadas e decorrente de origem comum, no caso o fato do rompimento da barragem).

Trata-se da **plurilateralidade** que caracteriza os conflitos envolvidos em ações coletivas e que é assim exemplificada por Carlos Alberto de Salles:

Isto significa dizer que o mesmo fato ilícito, questionado em uma determinada ação, afeta um número muito grande e diversificado de interesses de grupos e pessoas de variadas espécies. Por exemplo, a poluição de um rio. Nesse fato estarão afetados interesses tipicamente difusos, caracterizados pela indivisibilidade do bem lesado. No entanto, poderão ter sido afetados, também, interesses de outra natureza. Por exemplo, dos agricultores que usavam a água daquele rio para irrigação de seus plantios. Poderíamos ter, portanto, um interesse coletivo, caracterizado pelo grupo dos agricultores, afetado pelo mesmo fato. Suponha-se, ainda, que a poluição tenha afetado alguém pessoalmente, dando início a uma doença infecciosa ou a um processo cancerígeno. Ter-se-ia, então, afetado um interesse individual, eventualmente homogêneo no sentido de corresponder a outros de mesma origem. Verifica-se, no mesmo fato, vários interesses implicados (2003, p.135-136).

Esta plurilateralidade importa também em que do mesmo fato podem surgir interesses públicos, fazendários ou sociais (que não se confundem com os coletivos), bem como no conflito deles entre si, como se verá adiante.

### **3.4 Interesse Público e Social. Diferenças para com os interesses coletivos.**

Como já foi esclarecido quando se definiu interesses transindividuais e quando se demonstrou a inadequação da terminologia supraindividuais, os interesses coletivos em sentido lato situam-se numa zona intermediária entre o interesse individual e os públicos. Logo, não se pode confundi-los.

Apenas quando se atribui à expressão “público” uma conotação ampla é possível a coincidência. Por esta razão, a doutrina distingue os **interesses públicos primários** dos **secundários**. Os primários são aqueles gerais e imediatos do povo, ou seja, são transindividuais. Os secundários refletem os das pessoas jurídicas de direito público (União, Estado, Município, Autarquias etc.), cuja utilidade para a sociedade é mediata (como, por exemplo, a arrecadação de impostos)<sup>42</sup>.

---

42 O Ministério Público se incumbem da defesa dos interesses públicos primários, ao passo que as Procuradorias Jurídicas (a Advocacia Pública) cuidam dos secundários. Por esta razão, não é raro ver o confronto destas duas vertentes.

O interesse público [secundário] evoca a figura do Estado na consumação das pretensões por ele escolhidas como relevantes (políticas públicas, prestação de serviços públicos etc.). Eventualmente, na consumação destes fins de presumida utilidade geral, ele pode conflitar com interesses difusos ou coletivos em sentido estrito.

Por exemplo, para a consumação da política pública de geração de energia para a sociedade (utilidade pública inegável), a construção de uma hidrelétrica poderá gerar um dano ambiental imensurável. Acaso disto derive uma demanda, teremos um interesse público (geração de energia) contra um interesse difuso (proteção ao meio ambiente).

Da mesma forma, é possível visualizar outro confronto na seguinte hipótese. O Estado, buscando a implantação de um presídio em determinado bairro de uma cidade, com a finalidade de ampliar o sistema prisional e melhor cumprir com seus deveres de Segurança Pública, estará causando a desvalorização daquele bairro. A associação dos moradores deste bairro, preocupada com tal prejuízo, poderá vir a ajuizar uma ação buscando obstar essa obra. Será um exemplo de interesse individual homogêneo contra o interesse público.

Por tudo isto, Hugro Nigro Mazilli bem lembra que

Não são, pois, os interesses difusos mera subespécie de interesse público. Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou com o interesse da sociedade como um todo (como o interesse ao meio ambiente sadio), a verdade é que nem todos interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado [...]. (2012, p.54).

O mesmo se diga dos interesses sociais, que segundo Mancuso referem-se àqueles advindos da consulta à maioria da sociedade civil, com viés republicano, de busca do bem comum (2004, p. 29). Normalmente essa consulta é promovida pelo Estado, assumindo, então a conotação de interesse público acima tratada. Esta “opção da maioria” poderá afetar os interesses de uma minoria que se constitua em um grupo, classe ou categoria e, assim, demande contra o ente público.

### **3.5 Possibilidade de confronto de interesses coletivos entre si e deles com**

### **os interesses públicos.**

Pode ocorrer de interesses coletivos em sentido amplo confrontarem-se entre si, conforme a perspectiva que se adote. É o exemplo de uma indústria que realiza uma determinada atividade que, hipoteticamente polui acima dos limites tolerados um rio.

O Ministério Público pode ter ingressado com uma Ação Civil Pública de obrigação de fazer para que a indústria atinja os limites fixados objetivamente pelo órgão ambiental, defendendo, então o interesse difuso na preservação do meio ambiente.

A empresa é associada de uma entidade de defesa dos interesses de sua categoria industrial (por exemplo, Associação das Indústrias Frigoríficas), a qual ingressou com uma ação contra o Instituto Ambiental pretendendo a revisão do índice fixado como de poluição tolerável, com base em novas pesquisas científicas e pareceres técnicos. É do interesse de todos os associados (categoria) esta revisão para que possam prosseguir com as suas atividades sem os embargos ambientais ou maiores custos no controle da emissão (mais lucro). O interesse coletivo em sentido estrito estaria atritando com um difuso.

Os trabalhadores da empresa (categoria ligada a esta por uma relação jurídica base preexistente – contrato de trabalho), ainda que virtualmente, possuirão um interesse coletivo na manutenção de seus empregos que podem restar prejudicados pelos embargos à atividade.

Estas diferenças e possibilidade de atritos justificam a atribuição de legitimidades concorrentes e disjuntivas para a sua persecução administrativa ou judicial.

Feitas estas considerações, é possível ter uma noção da dimensão dos direitos transindividuais.

## 4 A TUTELA COLETIVA

Com a evolução da sociedade e a percepção da existência de interesses coletivos, que não se confundem com os individuais e nem com os públicos, tornou-se imperiosa a revisão dos instrumentos disponíveis para a sua tutela, visto que os disponibilizados pelo ordenamento foram tradicionalmente orientados pela ótica individualista que vigorava.

### 4.1 A tutela coletiva como democratização do acesso à justiça

Bryant Garth e Mauro Capelletti (1988) identificaram três ondas em que se enquadram o desenvolvimento renovatório do acesso à justiça.

A **primeira onda** relacionar-se-ia com a remoção do obstáculo econômico a tal, através de políticas assistenciais que possibilitariam aos pobres a tutela de seus direitos através do método tradicional/jurisdicional (pode-se identificá-la como a onda da “assistência gratuita”).

A **segunda onda** preocupou-se com a proteção aos interesses transindividuais que esbarrava em aspectos organizacionais da Justiça, pelo que se renovou a concepção de representatividade para a tutela jurisdicional (é a onda do interesse coletivo em sentido amplo).

A **terceira onda**, enfim, é a comprometida com a ampliação do próprio conceito de justiça, trazendo-lhe a noção de efetividade, por onde passam as necessidades de aprimoramento dos institutos, disponibilização de mecanismos de enfrentamento de conflitos e celeridade (é a onda da efetividade).

Por mais que se reconheçam as vantagens no aprimoramento da legislação processual (terceira onda), a morosidade e a ineficácia do Poder Judiciário ainda se revelam como obstáculos para a efetivação de interesses coletivos em sentido amplo (segunda onda). Afinal, “Com o desenvolvimento e a sofisticação da sociedade, surgiu o que se costuma denominar sociedade de massa, em que os problemas tendem a se coletivizar, exigindo soluções também coletivas” (BELLINETTI, 2005, p. 666).

Dentro da ampliação da concepção de acesso à Justiça, bem como da criação

de novos instrumentos para uma tutela efetiva de direitos, pode-se enquadrar o aperfeiçoamento dos métodos tradicionais (jurisdicionais) como a criação e renovação de alternativos (extrajudiciais). Em outras palavras, diante de problemas coletivos, são cabíveis soluções coletivas que podem ser judiciais ou extrajudiciais.

Percebe-se que o espírito daquelas três ondas inicialmente citadas se aplica à tutela coletiva. Com o reconhecimento dos interesses transindividuais, também foi necessário adaptar os instrumentos processuais existentes para tutelá-los adequadamente e “dar a cada um o que é seu”, como já anunciava Aristóteles em sua concepção de justiça distributiva (com a conotação supraindividual peculiar dos atenienses).

O primeiro aspecto que se destaca no âmbito do processo coletivo, portanto, é o seu espírito de **democratização do acesso à Justiça**.

O reconhecimento dos instrumentos de tutela coletiva e da eficácia de eventuais decisões perante os titulares do interesse sempre inspirou-se em uma distribuição da Justiça. Assim também foi no Direito Americano, em que as *Class Actions*, concebidas dentro de um caríssimo sistema de acesso à Justiça típico do forte capitalismo dos Estados Unidos, compartilham da ideia de democratização, proporcionando que as comunidades despersonalizadas ou indivíduos de baixo poder aquisitivo usufruam dos resultados processuais, mesmo sem integrar a lide. No sentido, cumpre colacionar a lição de Marcio Louzada Carpena:

[...] cabe dizer que uma class action significa uma ação que visa a proteger interesses coletivos, servindo como um instrumento de regulação da sociedade, permitindo o acesso à justiça àqueles que, ordinariamente, não demandariam. Com efeito, as class actions, típicas ações coletivas, são muito utilizadas contra ilícitos de pequeno potencial ofensivo-financeiro individual, vale dizer, para situações em que não se apresenta viável economicamente, sob a modalidade individual, propor uma ação (2010).

Trata-se do **free riding** ou efeito carona, que pressupõe que a parcela de interesse individual em relação a um bem coletivo pode ser muito ínfima a motivar uma dispendiosa atuação particular na sua defesa, seja na esfera judicial como na administrativa. Entretanto, quando qualquer um tomar tal iniciativa, os benefícios serão

estendidos a todos. Carlos Alberto de Salles explica muito bem o termo:

Se tomarmos em consideração bens coletivos, que são compartilhados por uma determinada comunidade, coletividade ou mesmo por toda a sociedade, vamos ver que as parcelas de interesse individual em relação a estes bens são muito pequenas. [...] Interesses esses que não tirariam a maior parte das pessoas de casa para defendê-los.

Por outro lado, a defesa desse tipo de interesse implica custos transacionais muito altos. [...] Vamos colocar as coisas em termos concretos: o custo de reunir o maior número possível de pessoas, de obter conhecimento técnico e científico para compreender a situação, de divulgação dos problemas levantados, de profissionais capacitados para encaminhar os pedidos nas várias instâncias decisórias e assim por diante. Refiro-me à defesa em geral, não apenas a judicial. Defesa nos vários processos decisórios da sociedade, mesmo no processo político, nas várias instâncias burocráticas e democráticas. Os custos implicados na defesa daqueles interesses são sempre muito elevados.

Assim, temos, por um lado, uma atuação em que a parcela de interesse pessoal é muito reduzida e, por outro, os custos são muito altos. Pois bem, se qualquer um de nós ou qualquer grupo na sociedade toma a iniciativa de defesa daqueles interesses coletivos, envolvendo bens, por sua natureza, indivisíveis, evidentemente, o benefício gerado por aquela iniciativa vai favorecer a todos. Surge, então, o efeito carona ou *free riding*, quer dizer, em termos estritamente racionais, quem mais ganha é quem não participa de qualquer iniciativa e, portanto, não incorre em qualquer custo. (2003, p.132-133).

Cumprido destacar que o sistema americano ainda pressupõe a iniciativa dos sujeitos individuais, o que esbarra na lógica lucrativa do efeito carona (quem mais se beneficia é quem não investiu na causa). Por esta razão, adotam-se estímulos à atuação dos cidadãos através da condenação dos réus a altíssimos valores em honorários advocatícios (*attorney fees*), além da transparência dos dados pela Administração Pública na esfera ambiental, para a minoração de custos para a instrução dos pedidos.

Comparado ao sistema americano de tutela coletiva (que é classificado como *privado*), o Brasil adota um *híbrido* ou *misto*, em que

[...] uma entidade estatal responde pela função de defesa dos bens coletivos, mas possui, também, um viés associativo ou organizacional, permitindo que organizações não governamentais, na forma de associações civis, patrocinem em juízo a defesa daqueles interesses (SALLES, 2003, p.134).

A atribuição de legitimidade para entes estatais ou associações civis promoverem

a tutela coletiva é uma forma de superar a inércia estimulada pelo efeito carona. É por isto que o Ministério Público se destaca nesta esfera<sup>43</sup>. Através de sua estrutura, é possível a reunião de documentos, pareceres técnicos e perícias que seriam altamente custosas para qualquer particular ou mesmo para as associações civis. Não à toa, é ele, “de todas as instituições da área jurídica, a que detém, hoje, o maior rol de atribuições e responsabilidades em termos da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (DI PIETRO, 2010, p.8).

#### 4.2 A tutela coletiva no Direito brasileiro

Apesar de o sistema brasileiro soar melhor que o norte-americano para o cumprimento dos ideais de distribuição de Justiça, aqui ainda não existe uma codificação que se aplique ao caso, como ocorre na esfera individual. Há diversos diplomas esparsos contaminados pelo espírito da defesa coletiva aos quais os estudiosos atribuíram as bases do Processo Coletivo no Brasil.

Algumas dessas leis especiais são anteriores à evolução que trouxe a noção de interesses transindividuais<sup>44</sup>, mas, involuntariamente ou não, foram eficazes no acautelamento destes. É o exemplo da Lei da Ação Popular (de 1965), voltada à participação democrática do cidadão na administração da coisa pública<sup>45</sup>, reconhecendo-lhe legitimidade para buscar a anulação e ressarcimento do erário contra atos administrativos lesivos<sup>46</sup>.

A Lei da Ação Civil Pública (de 1985) trouxe relevantes avanços na área,

---

43 Isto é considerado no capítulo seguinte como mais uma característica que demonstra a conotação democrática do Ministério Público.

44 A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) previa representatividade de classe (sindical), correspondendo a uma forma de tutela coletiva, assim como os dissídios coletivos.

45 A ação popular, aliás, sempre foi reconhecida como um instrumento constitucional de participação democrática do cidadão nos Poderes Constituídos (ao lado do voto, do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular de lei e do júri popular). Entretanto, esta é uma forma direta de participação democrática, ainda que os frutos desta **atuação** sejam a distribuição de justiça a todos os interessados não identificáveis no provimento da demanda.

46 A conotação coletiva da Lei de Ação Popular reforçou-se com a Lei n.º 6.513 de 20 de dezembro de 1977, que ampliou o conceito de patrimônio público nela contido, passando a ter como tal “os bens e direitos, de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

refletindo a preocupação aflorada na época quanto a tais interesses coletivos em sentido *lato*<sup>47</sup>. Tanto que, poucos anos mais tarde, isto refletiu na elaboração da Constituição Federal que, em diversos trechos, trouxe referências a tais interesses e reconhecimento aos instrumentos do processo coletivo (Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, Habeas data, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública etc.).

Após a nova ordem constitucional, continuaram surgindo leis com reflexos neste tema. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N.º 8.069/1990) contém previsões voltadas à tutela de interesse difusos e coletivos na específica área da infância. Contudo, foi o seu contemporâneo Código de Defesa do Consumidor (Lei N.º 8.078/1990) que trouxe as mais detalhadas previsões acerca da tutela coletiva em sentido amplo, passando a ser a base teórica do processo coletivo brasileiro, ainda que anunciasse o resguardo específico das relações de consumo. Afinal, as regras ali previstas como solução para se adaptar os clássicos institutos da legitimidade, da competência e da coisa julgada (sempre encarados do ponto de vista privado) às peculiaridades fruto da indivisibilidade e indeterminabilidade dos interessados (características da transindividualidade e enfrentamento comum de todos os interesse coletivos).

A lei de Improbidade Administrativa (lei N.º 8.429/1992) também se preocupou com a proteção de interesses difusos (notadamente o de uma administração proba e com o ressarcimento aos cofres públicos), apesar de mais voltada ao sancionamento de condutas, sendo o ressarcimento ao erário uma consequência.

Várias ações fundadas na Constituição Federal são também instrumentos de tutela a interesses transindividuais, como as voltadas ao controle direto de constitucionalidade (o difuso de resguardo da ordem jurídica), regulamentadas em nível federal pela Lei N.º 9.868/1999. Da mesma forma, os diplomas que regulam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (lei N.º 9.882/1999) e a ação

---

47 A propósito da importância da Lei da Ação Civil Pública na seara coletiva, cola-se a seguinte lição: “Mais do que inaugurar uma nova espécie de procedimento, a Lei da Ação Civil Pública inaugurou um autêntico microsistema de processo, que tem por objetivo a tutela de uma espécie de direitos materiais, quais sejam, os direitos transindividuais, caracterizados por serem de titularidade coletiva” (FREIRE, 2012, p.160).

constitucional do Mandado de Injunção (Lei N.º 13.300/2016).

Cumpra lembrar outros diplomas preocupados com a seara coletiva, mas que não chegam a inovar no tratamento jurídico da matéria, como fizeram as leis específicas anteriormente citadas, revelando-se mais como exemplos da utilização dos instrumentos de tutela transindividual para categorias específicas de interesses. São eles a Lei N.º 7.853/1989 (que cuida da ação civil pública em defesa de pessoas portadoras de deficiência – hoje complementada pelo Estatuto do Deficiente representado pela Lei N.º 13.146/2015), a Lei N.º 7.913/89 (relacionada à ação coletiva para responsabilização de investidores no mercado de valores mobiliários), a Lei N.º 8.864/1994 (que regula a ação de responsabilidade por danos causados por infração à ordem econômica), o Estatuto do Idoso (Lei N.º 10.741/2003), o Estatuto da Cidade (Lei N.º 10.257/2001), dentre outros.

O Novo Código de Processo Civil (Lei N.º 13.105/15) tentou inserir a possibilidade de conversão de ações individuais em coletivas quando denotasse relevância social na causa (artigos 333 e 1.015, inciso XII), mas a previsão foi vetada com seguinte justificativa:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB<sup>48</sup>.

De qualquer maneira, as bases do Direito Coletivo Brasileiro, como um microsistema, já se encontram relativamente compiladas na Lei Nº 7.347/1985 e na Lei N.º 8.072/92.

#### **4.3 Os instrumentos de tutela coletiva e o Ministério Público**

O Brasil, como visto, adota um sistema híbrido de tutela coletiva, publicizando-a,

---

48 Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015, trouxe as razões para os vetos em relação a 07 dispositivos do Novo Código ([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)). Publicada no Diário Oficial da União em 17/03/2015.

como forma de contornar a inércia estimulada pelo efeito *free riding*. Assim, nosso direito atribui legitimidade a associações civis e entes estatais para a tutela transindividual. Dentre estes últimos, destaca-se a atuação do Ministério Público. Tamanha é essa vinculação que muitos doutrinadores definem a Ação Civil Pública como uma “ação não-penal” proposta por este ente, reservando aos demais colegitimados a nomenclatura “ações coletivas” (MAZILLI, 2012).

O Ministério Público promove a tutela coletiva através de instrumentos judiciais e de extrajudiciais (ou administrativos).

#### **4.3.1 Instrumentos judiciais**

Por evidente, em face de sua função constitucional e da adoção do sistema híbrido acima mencionado, o Ministério Público encontra-se quase sempre dentre os legitimados à propositura das ações coletivas. Sempre que não a propuser, deverá a instituição participar do processo de forma ampla, intervindo em todas as suas fases, propondo provas e se pronunciando sobre as apresentadas.

Fala-se em “quase sempre” visto que há, pelo menos, um caso de ação coletiva em que o Ministério Público não se encontra dentre os autorizados pela lei para a sua apresentação perante o Poder Judiciário: a Ação Popular (Lei N.º 4.17/65). Todavia, em face de sua destacada função, é imprescindível sua atuação na causa sob pena de nulidade. De outro lado, a atuação ministerial não fica impossibilitada por esta proibição, já que a mesma causa de pedir (fato) poderá ensejar a utilização de outros instrumentos de tutela coletiva disponibilizados pelo ordenamento, notadamente a Ação Civil Pública.

A Ação Popular é um instrumento de participação democrática na gestão pública pelo cidadão, assim considerado aquele que reúna a dupla condição de nacional e eleitor, vinculando-se sua capacidade processual à política-eleitoral (MANCUSO, 2001). Tratando-se de ação reservada ao cidadão no gozo de seus direitos políticos (artigo 5º, LXXIII, da CF e arts. 1 e 4 da Lei N.º 4.717/1965), não compete ao Ministério Público (órgão sem personalidade jurídica) tomar-lhe as vezes. Entretanto, como adiantado, nada impede que ele busque a tutela coletiva do mesmo interesse que nela seria

versado, com muito mais amplitude, através da Ação Civil Pública. Isto, aliás, justifica sua intervenção obrigatória naquela demanda.

Interessante destacar que, uma vez proposta a ação popular pelo cidadão, o Ministério Público a acompanhará, “cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores” (artigo 6º, §4º). Não bastasse isso, acaso o autor popular a abandone injustificadamente, cumprirá ao *Parquet* assumir a condução (artigo 9º), bem como **deverá** promover a execução da sentença de procedência na inércia do inicialmente legitimado ou qualquer outro que pudesse o fazer (artigo 16).

Em outras palavras, o Ministério Público não pode ajuizar diretamente a Ação Popular, mas atuará em todas as suas fases, podendo **assumir o polo ativo incidentalmente** (no caso de abandono ou **para executar o julgado**). Note-se que, tal postura é muito mais que uma atuação como fiscal da lei, razão pela qual há quem qualifique o *Parquet* nessas demandas como “parte pública autônoma” (MANCUSO, 2001, p.208). Afinal, ele não teria legitimidade ativa inicial, mas a tem incidental.

Percebe-se que a discussão é de interesse meramente acadêmico, uma vez que, ainda que um membro do Ministério Público apresente uma ação intitulada como “POPULAR”, poderá ela ser recebida como “AÇÃO CIVIL PÚBLICA”. Estas correções sempre foram admitidas ao julgador, pela aplicação do brocardo *IURA NOVIT CURIA* (de que o juiz conhece o Direito) e o seu decorrente ***narra mihi factum dabo tibi jus*** (narra-me o fato que te darei o direito). Aliás, o ***nomen iuris*** nunca foi alçado à categoria de elemento indispensável ao recebimento da ação<sup>49</sup>. Também, é a postura recomendada pelo ***princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do Processo Coletivo*** (ALMEIDA, 2003, p.571). A este fenômeno, alguns denominam **“fungibilidade das ações coletivas”**, mas, como dito, trata-se de algo mais simples:

---

49 A propósito, já se decidiu: “O nomen iuris dado à ação pelo autor na petição inicial não pode restringir e nem guiar por si só o exame da pretensão autoral, cabendo ao julgador, quando o nome da ação não contemplar a sua verdadeira natureza jurídica, desvelar o real propósito da demanda, em homenagem aos mais mezinhos princípios processuais” (Processo AC 10045080246387001 MG, Órgão Julgador Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Publicação19/04/2013, Julgamento20 de Março de 2013, Relator: Sebastião Pereira de Souza).

mera correção do *nomen iuris*.

Perceptível, então, que a Ação Civil Pública acaba sendo o principal e o mais amplo instrumento disponibilizado ao Ministério Público para a defesa **cível**<sup>50</sup> em juízo de interesses transindividuais (artigo 5º, inciso I da Lei N.º 7.347/1985). Ao lado dela, apesar de previsão de outros legitimados, a instituição vem se destacando pela utilização das Ações Cíveis de Improbidade Administrativa (Lei N.º 8.429/92), cujo manejo é mais restrito (voltado ao sancionamento político-administrativo e de ressarcimento do Erário), resguardando o interesse de todos em uma administração proba.

Há divergência doutrinária em relação à natureza das Ações Cíveis de Improbidade. Uns defendem sua posição como categoria autônoma no processo coletivo, ao passo que outros nela reconhecem as características de uma Ação Civil Pública com pedido e legitimados mais restritos. Não se pode olvidar das peculiaridades de rito da Lei N.º 8.429/92 (notificação prévia, impossibilidade de acordo etc.) Ora, justamente por estas diferenças, deve-se compreender as Ações de Improbidade como um instrumento autônomo, ao passo que as semelhanças entre ambas é que as aglutinam no gênero processual coletivo.

O Ministério Público apresenta também legitimidade para o ajuizamento de

---

50 Este trabalho limita-se à visão cível dos conflitos coletivos, mas é importante destacar que, na seara penal, onde a atuação ministerial é tradicionalmente mais lembrada (como “dono” da lide), inegavelmente se tutela um interesse transindividual, especificamente o difuso, representado pelo bem jurídico Segurança Pública. Este é o fim último de qualquer das sanções penais, ainda que a norma penal proteja secundariamente outros bens. Estes bens jurídicos protegidos reflexamente pelo Direito Penal poderão ter qualquer pretensão ressarcitória por seus titulares na esfera civil, o que confirma que a tutela penal é essencialmente transindividual (como o patrimônio no furto, a vida no homicídio etc.). A manutenção da segurança pública é que inspira todas as finalidades identificáveis na pena (retribuição, prevenção ressocialização, dentre outras). Por isto, não há propriamente um titular da punição, mas sim um legitimado a persegui-la. Mesmo nos casos de *ação penal privada*, em que o ofendido promove a queixa-crime interessado no sancionamento do criminoso, a punição não lhe pertence. Obtida a condenação pelo delito que demanda ação penal privada, a execução da pena imposta será pública, como em todos os delitos. A manifestação da vontade do querelante é irrelevante para a execução penal. Isto porque, por um juízo de conveniência e inspirado por questões de política criminal, o legislador **legitimou** o ofendido a exercer a persecução penal em alguns casos, sem lhe transferir a titularidade do sancionamento (e do bem protegido por este).

Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de Injunção Coletivo, que são ações constitucionais específicas e, por isto, de uso mais restrito.

O Mandado de Segurança Coletivo encontra-se atualmente regulado pela Lei N.º 12.016/2009<sup>51</sup>. Vários diplomas reconhecem a legitimidade do *Parquet* para o seu ajuizamento na defesa dos interesses que lhe competem (notadamente envolvendo crianças e adolescentes – conforme artigos 201, IX, e 210, §2º, ambos da Lei N.º 8.069/90 - ou idosos – artigos 81, inciso I, e 82, parágrafo único da Lei N.º 10.741/2003). Todavia, este remédio constitucional restringe-se a violações por autoridades de direitos (ou interesses) líquidos e certos dos pacientes. Isto sempre foi compreendido como aqueles relacionados a fatos documentalmente provados (e já encartados com a inicial), com a impossibilidade de instrução probatória em audiência. Em que pese o princípio da fungibilidade das ações coletivas antes destacado, muitos magistrados apegavam-se a esta limitação para o indeferimento da inicial, remetendo-se à via ordinária. Por tal razão, baseado em estratégia processual voltada a contornar estes entraves, diversos membros do *Parquet* optavam pelo ajuizamento direto de Ações Cíveis Públicas com pedidos de tutela de urgência e de julgamento antecipado da causa, com efeitos similares<sup>52</sup>.

O Mandado de Injunção, previsto na Constituição Federal (artigo 5º, LXXI), tem sua regulamentação infraconstitucional pela Lei N.º 13.300/2016, que dispõe expressamente da legitimidade do Ministério Público para seu ajuizamento na forma coletiva (artigo 12, inciso I). Esta ação tem cabimento na hipótese em que a falta de uma regulamentação tornar “inviável o exercício dos direitos e liberdades

---

51 Mesmo na vigência da regulamentação anterior (Lei N.º 1.533/51), discutia-se a possibilidade do Ministério Público ajuizar este remédio constitucional pela ausência de uma previsão expressa. Vários estudiosos entendiam que as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente ou do Estatuto do Idoso citadas prestavam-se apenas para uma atuação individual, ao passo que a coletiva estava restrita ao rol previsto nas alíneas a e b do inciso LXX do art. 5º (visto por eles como taxativo). Os defensores da legitimidade do *Parquet* baseiam-se na autorização constitucional do inciso II, do artigo 129, pelo qual cabe à instituição “zelar pelo efetivo respeito [...] aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo **as medidas necessárias a sua garantia**”, dentre as quais se encontra a tratada ação constitucional.

52 Diante disto, impossível não reconhecer a legitimidade do Ministério Público para o Mandado de Segurança Coletivo, já que não haveria sentido em que ele a tivesse para ajuizar uma Ação Cível Pública (com ampla produção de provas), mas não para o procedimento simplificado do Mandado de Segurança (em que as provas já estariam produzidas). Ambas apresentam amparo na previsão geral do inciso II, do artigo 129 da Constituição Federal de 1988.

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (artigo 2º). Sua conotação coletiva decorre não apenas dos bens jurídicos protegidos, como das consequências especiais da procedência (artigo 13), inclusive quando proferido na forma individual (que permite a “coletivização” do entendimento nas formas do artigo 9º do mesmo diploma)<sup>53</sup>.

Não se pode esquecer que as ações relativas ao controle direto de constitucionalidade de leis ou atos normativos, tanto em nível federal quanto estadual, representam também formas de tutela de interesses transindividuais (o difuso de resguardo da ordem jurídica constitucional, incluindo o princípio democrático), de que dispõe o representante do *Parquet* (artigo 103, VI, da CF/88, regulamentado pela Lei N.º 9.868/1999).

Estes, portanto, são os instrumentos de que dispõe o Ministério Público para a tutela judicial de interesses coletivos em sentido amplo.

#### 4.3.2 Instrumentos administrativos

De toda forma, antes de se bater às portas do Poder Judiciário com qualquer dessas demandas, o Ministério Público precisa movimentar-se administrativamente: reunir elementos de convicção (**investigar**, **requisitar** documentos), ouvir os interessados (através de **reuniões**, **audiências públicas**, expedição de **ofícios** e **inquirições** em geral), propor soluções (via **ofícios** e **Recomendações Administrativas**) ou buscar um acordo (consubstanciados nos **Termos de Ajustamento de Conduta**).

Ocorre que, muitas vezes, nessa movimentação administrativa, alcança-se a pacificação social sem o intermédio da via judicial.

Não é raro que, ao tomar ciência de uma investigação do Ministério Público, o investigado procure regularizar sua atuação, para evitar os transtornos de um processo. Também é corriqueira a celebração de ajustes voltados a esta regularização. Neste

---

53 A respeito da utilização de Recomendações Administrativas como forma de evitar o ajuizamento de Mandado de Injunção Coletivo, veja-se os itens 5.1.1 e 5.3.1 deste trabalho, quando se analisa a possibilidade de seu encaminhamento ao Poder Legislativo.

sentido, anote-se o ensinamento de Ricardo Gralha Massia:

Por vezes, a mera instauração do procedimento, seguida da expedição de ofícios requisitando informações é suficiente para a sanção da irregularidade identificada. Em outras oportunidades, necessárias são reuniões, recomendações e termos de compromisso de ajustamento de conduta. (2011, p.31-32).

Por isto, o conceito de acesso à Justiça que se deve ter é amplo, voltado à satisfação concreta de interesses, o que pode ser obtido de forma judicial ou extrajudicial.

Assim, ao lado dos instrumentos processuais antes destacados, pode-se incluir como **ferramentas do Ministério Público para uma tutela coletiva extrajudicial de interesses transindividuais** os seus procedimentos investigatórios, as audiências públicas, as Recomendações Administrativas e os Termos de Ajustamento de Conduta. Vejamos, então, rapidamente cada um deles.

#### **4.3.2.1 O Inquérito civil e demais investigações administrativas**

As investigações ministeriais na esfera cível ocorrem no já conhecido **Inquérito Civil**. Ele foi criado pela Lei da Ação Civil Pública (artigos 8º e 9º) e consagrado pela Constituição Federal (artigo 129, III). É definido como uma investigação administrativa destinada a colher elementos de convicção para eventual ação civil pública pelo Ministério Público (MAZILLI, 2012).

O inquérito civil é mera peça informativa, restrita ao Ministério Público e que em nada restringe o acesso dos demais legitimados à Ação Civil Pública. Por isto, sempre foi considerado dispensável à propositura desta espécie de demanda, no caso de já se dispor dos elementos de convencimento. Também por isto, atualmente, há outras categorias de investigação administrativa dentro desta instituição (notícias de fato, procedimentos preparatórios, procedimentos investigatórios criminais e eleitorais).

Apesar de prescindível, a sua utilidade é muito reconhecida. Primeiramente pelo seu papel preventivo e intimidativo, a que Rodolfo de Camargo Mancuso exemplifica da seguinte forma:

[...] sabendo que o Ministério Público esta investigando denúncia sobre o desmatamento não autorizado pelo IBAMA ou denúncia acerca da tramitação de projeto de edificação de área de preservação ambiental, por certo os implicados nessas irregularidades abandonarão seus projetos iniciais ou tratarão de acomodá-los às normas de regência [...] (1997, p.99).

A investigação prévia também é útil por promover maior participação da coletividade, com o acompanhamento das diligências (reuniões, audiências públicas, oitivas) e auxílio (fornecimento de documentos pelas associações colegitimadas) e, eventualmente, de recursos relacionados ao arquivamento perante o Conselho Superior do Ministério Público (na forma do artigo 9º da Lei N.º7.347/1985). Mesmo com a homologação do encerramento da investigação, qualquer dos colegitimados pode extrair cópia da documentação para instrução de sua ação coletiva, visto que o desfecho da investigação administrativa não obsta o acesso à justiça deles. É lhes permitido, ainda, complementar esta apuração com os elementos de convencimento faltantes para o ajuizamento de suas demandas ou para buscar a reabertura da apuração pelo *Parquet*.

A investigação administrativa formal pode trazer, então, **vantagens materiais** ao interesse versado, como algumas utilidades **meramente documentais**. Dentre as primeiras tem-se a solução espontânea da irregularidade (pela prevenção/intimidação apontada) ou negociada (através de reuniões, audiências recomendações e celebração de um ajuste de conduta), ao passo que nas segundas encontram-se a reunião de documentos a embasar qualquer processo por qualquer dos legitimados, além do adiantamento da análise jurídica do caso (antecipando-se a análise das chances de sucesso da ação coletiva conforme os argumentos do arquivamento).

#### **4.3.2.2 Audiências públicas e reuniões**

As audiências públicas não são providências exclusivas do Ministério Público. Por sua função de promoção da participação política e social em decisões da Administração Pública, são adotadas por qualquer dos poderes para buscar publicidade e legitimidade em suas atuações. As instalações de lixões ou de estabelecimentos

penitenciários em determinadas regiões, que podem causar desvalorização das áreas contíguas, são costumeiramente antecedidas desta providência para debates e conscientização dos moradores.

A lei possibilita que o Ministério Público, em função de sua missão constitucional de cobrança de políticas públicas, também promova audiências públicas. O artigo 27 da Lei N.º 8.625/1993 (a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) prevê em seu inciso IV que “cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito [...] promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais”.

Note-se que não há qualquer exigência de que essas audiências se concretizem embasadas em um inquérito civil, podendo, em tese, serem realizadas de forma autônoma. Entretanto, dificilmente se as concebe alheias a uma apuração prévia de irregularidade, já que tal tarefa traria ao Promotor de Justiça a percepção de sua utilidade no caso concreto, visto que é uma providência em situações **extraordinárias** (de maior impacto social).

Ao lado delas, mas com menor abrangência, tem-se as **reuniões** que podem se resumir ao representante do Ministério Público e os diretamente interessados (investigados e representantes de determinados segmentos). Não há a conotação participativa (colheita de sugestões) ou informativa (de conscientização comunitária, de prestação de contas) que revestem as audiências públicas. Pode-se dizer que as reuniões são providências **ordinárias** em que se promove o diálogo, com a exposição dos pontos de vistas a respeito da situação e as possíveis soluções. Trata-se de uma diligência muito frequente para a negociação de cláusulas de um futuro ajustamento de conduta, bem como para a assinatura do elaborado.

#### **4.3.2.3 Termos de Ajustamento de Conduta**

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) também não é uma ferramenta exclusiva do Ministério Público. O artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei N.º 7.347/1985 diz que “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá

eficácia de título executivo extrajudicial”. Assim, a defensoria pública, as associações civis, União, Estados, Municípios, bem como suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações podem celebrar este acordo. Um órgão que costumeiramente faz uso desta negociação é o destinado à defesa dos consumidores (PROCONs). Outro exemplo corriqueiro são os institutos ambientais (IBAMA, IAP etc.).

Pode-se conceituar os Termos de Ajustamento de Conduta como “o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais” (CARVALHO, 2001, p.4).

No âmbito do *Parquet*, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), através da Recomendação N.º 16/2010, em seu artigo 14, assim dele tratou:

O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

Cabe salientar que, apesar do Ministério Público e qualquer dos colegitimados não ser o detentor dos interesses que tutela, a autocomposição é possível mesmo em casos de sua indisponibilidade. Todavia, eventual transação não poderá, evidentemente, dispor destes bens, mas é possível regular pontos secundários<sup>54</sup> ou, então, abrir mão de parte ou de todo um sancionamento em prol de uma pronta atuação voltada à restauração dos mesmos bens jurídicos<sup>55</sup>. Por conta desta indisponibilidade, a demora processual em si já representa uma violação a tais interesses. Exatamente por isto, a solução consensual e imediata pode melhor atendê-los. A propósito, vale ressaltar a seguinte lição:

---

54 Um exemplo de regulamentação de aspectos secundários de um interesse transindividual é a fixação de um prazo para o cumprimento de uma reparação ambiental, a forma que ela se verificará quando mais de uma é possível etc.

55 Como acontece, por exemplo, nos casos criminais, de delação premiada, em que se diminui, atenua ou perdoa uma pena em troca de esclarecimentos que possibilitem uma maior repressão dos crimes relacionados.

[...] o regime peculiar de solução extrajudicial de conflitos que envolvam interesses transindividuais pode ser resumido em duas regras que devem, necessariamente, serem observadas, sendo a primeira relacionada à ausência de renúncia e de concessão do direito em jogo, e a segunda no sentido da observância de um sistema que garanta que a vontade manifestada coincida com os interesses dos titulares do direito, seja através da consulta efetiva dos interessados, seja através da presunção de que órgãos públicos poderão adequadamente representar os direitos da coletividade (RODRIGUES, 2006, p. 59).

O termo de compromisso é também um excelente instrumento extrajudicial para superação de conflitos metaindividuais. Ele pode ser antecedido das outras diligências administrativas antes mencionadas, ou mesmo de uma Recomendação Administrativa, de que este trabalho passará a cuidar.

#### **4.3.2.4 Recomendações Administrativas**

Enfim, o último instrumento de tutela coletiva extrajudicial e que mais nos interessa neste trabalho são as Recomendações Administrativas do Ministério Público. Discorrer-se-á a seu respeito no capítulo que segue.

## 5 AS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Recomendação Administrativa é um importante instrumento de que dispõe o Ministério Público, pela Lei Complementar N.º 75/93 (art. 6º, XX) e Lei Federal N.º 8.625 (artigo 27, parágrafo único, IV), para o cumprimento de sua missão constitucional.

Com ela, é possível evitar litígios e adequar a conduta do destinatário às leis e atos normativos, homenageando a resolutividade nos casos que ameaçam interesses transindividuais e trazer justiça imediata aos interesses de comunidades despersonalizadas ou indivíduos sem possibilidade de acesso ao Poder Judiciário.

Para demonstrar esta realidade, analisar-se-ão inicialmente a definição e a natureza jurídica deste instrumento. Após, far-se-á um exame mais criterioso, partindo-se de seus sujeitos, de seu objeto, forma e efeitos. É o que se pretende neste capítulo.

### 5.1 Conceito

Poucos se dedicaram ao estudo deste instrumento, razão pela qual inexistente um conceito doutrinário para ele. Busca-se, então, a sua definição na própria lei e nas regulamentações internas do Ministério Público.

De Plácido e Silva define a expressão **recomendação** da seguinte forma:

Do latim *commendatio*, de *commendare* (confiar, recomendar), na linguagem comum do direito é o vocábulo tomado na tríplice acepção de apresentação, conselho ou instrução.

Assim.

a) *Recomendação* é a apresentação escrita ou verbal, que se faz da pessoa, em que se confia ou se estima, a outrem, para que lhe dê trato especial ou a trate com certa consideração.

Neste aspecto, é o sentido de carta de recomendação, em que se apresenta o recomendado (apresentado), para que tenha boa acolhida pela pessoa a quem se recomendou.

b) É o conselho que se dá à pessoa, para que proceda por ele, em certo caso. Revela-se à *orientação manifestada* em tom amistoso, a respeito de certo negócio ou de certo fato, para que, voluntariamente, a possa aceitar o recomendado.

Tanto na acepção de apresentação (mera recomendação), como na de conselho, a recomendação não importa nem em ordem nem em mandato.

Desse modo, juridicamente, o recomendante, a pessoa que dá a

recomendação ou faz recomendação, não assume qualquer obrigação ou dever acerca do que possa resultar de sua recomendação.

[...]

O conselho é apenas uma *exortação* acerca do modo de proceder em certo fato.

[...]

c) Quando no sentido de *instrução* a recomendação é ordem a respeito da forma porque se deve praticar ou executar o ato.

Ligada ao mandato, a instrução é decorrência dele, pelo que obriga segundo os termos do próprio mandato, desde que não o altere, pois neste caso seria um novo mandato *não mera instrução*. (1967, p.1304).

A acepção do termo que interessa a este trabalho é mais próxima da constante no item *b* do texto transcrito, já que o instrumento em estudo não se trata de uma carta de apresentação, tampouco de uma ordem decorrente de um mandato.

Apesar de ser possível identificar na atuação do Ministério Público e seus agentes (sobretudo no âmbito interno) práticas que se amoldam em todas essas definições<sup>56</sup>, **a Recomendação Administrativa de que aqui se cuida é o expediente de atuação eminentemente externa, voltado à exortação, ao conselho, à orientação, ao apontamento de como proceder, sem vinculação de seu conteúdo, mas indicando as prováveis consequências do não acatamento.** Ou seja, um meio capaz de promover a solução amigável (extrajudicial) de conflitos transindividuais.

O primeiro diploma a tratar das recomendações do Ministério Público foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N.º 8.069/90), que em seu artigo 201, parágrafo 4º, alínea c, dispunha que “compete ao Ministério Público [...] efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação”. Esta previsão é anterior à das legislações especiais que regularam a atuação ministerial e reflete uma noção muito mais ampla do instrumento, podendo resumir-se a meros apontamentos ou sugestões, diferente da sua atual conotação (como se verá adiante).

---

56 Não é incomum que membros do Ministério Público apresentem cartas de recomendações para ex-servidores ou estagiários, que as utilizariam em entrevistas de empregos ou mesmo em concursos públicos. Nestes casos, estes expedientes são atuações individuais dos profissionais (Promotores e Procuradores) e não propriamente da instituição. De outro lado, internamente, o Corregedor-Geral e o Procurador-Geral são eleitos pelos membros (artigos 9º e 16 da Lei N.º 8.625/93), exercendo mandatos de dois anos e, nestas condições, dirigem recomendações (instruções) aos membros para uniformização de atuação ou melhoria dos serviços (basta verificar os artigos 10, XII, 15, X e 17, IV, da Lei N.º 8.625/93).

Poucos anos depois, a Lei N.º 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Brasileiro), em seu artigo 27, parágrafo único, IV, dispôs que cabe ao Ministério Público, na “defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito”, dirigir recomendações aos órgãos e entidades mencionadas no mesmo dispositivo, “requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

Apesar da evidente evolução em relação à previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, a forma como se encontra redigido esse dispositivo é criticável, pois leva à falsa interpretação de que as recomendações apenas encontram espaço em relação aos poderes estaduais ou municipais; aos órgãos da Administração Pública estadual ou municipal, direta ou indireta; aos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; ou, ainda, a entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública. Entretanto, é evidente que não são apenas destes a quem compete o Ministério Público exigir o respeito à Constituição e às leis.

A limitação do destino desse instrumento apenas àqueles ligados de alguma forma à Administração Pública (em seu sentido amplo) representaria uma discriminação imotivada (na medida em que apenas estes poderiam ser alertados previamente de uma irregularidade com a oportunidade de correção, ao passo que particulares seriam surpreendidos com as demandas judiciais)<sup>57</sup>. Além disso, a interpretação extensiva de seu uso é a que melhor coaduna com o espírito da previsão do inciso XX do artigo 129 da Constituição Federal, que veda ao Ministério Público a consultoria jurídica a entidades públicas.

A redação da Lei Complementar N.º 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União) foi melhor nesse aspecto, visto que não restringiu virtualmente os destinatários das recomendações. O inciso XX de seu artigo 6º diz que compete ao Ministério Público da União “expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis”.

---

<sup>57</sup> A abrangência dos destinatários será tratada com mais detalhes na seção 5.1.1, destinada ao estudos dos sujeitos da Recomendação Administrativa.

Aliás, atento à isonomia e ao princípio da unidade da instituição, esta previsão aplica-se a todas as esferas do *Parquet*.

Assim, como o próprio nome sugere, as Recomendações Administrativas apontam uma irregularidade e veiculam sugestões oficiais (e escritas) para a sua superação. Elas são expedidas pelos representantes do *Parquet*, buscando a melhoria dos serviços públicos ou de relevância pública e o atendimento de outros interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. Neste sentido, importante transcrever a seguinte conceituação:

A Recomendação Administrativa ou Notificação Recomendatória, em síntese, trata-se de peça narrativa e argumentativa na qual o Ministério Público emite posição e orientação em determinado sentido, alertando e advertindo o destinatário da medida de que o descumprimento do comportamento cobrado e exigido implicará na adoção das providências cabíveis dentro das atribuições ministeriais.

A ideia essencial da Recomendação Administrativa é dizer que o Ministério Público, como instituição, entende que determinada conduta ou comportamento devem ser praticados para adequação ou correção de uma situação de ilicitude ou irregularidade, sob pena de, não sendo seguida esta posição, medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis serem adotadas, uma das quais o ajuizamento de ação civil pública (ALVES, BERCLAZ, 2015, p. 44).

Da mesma forma, Régis Rogério Vicente Sartori e Letycia Bialle elaboram a sua definição, pelo que a Recomendação serviria “de alerta, advertência, pedido de providência, indicação de um problema (falhas nos serviços públicos ou desrespeito de direitos do cidadão, por exemplo) com sugestão dos meios para a respectiva correção (2016, p.338).

Em virtude da difusão de seu uso pelos promotores de Justiça do Brasil sem uma uniformidade regulatória, foi apresentado um Pedido de Providências (de N° 0.00.000.000738/2011-8) junto ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, em 28 de março de 2017, publicou a **Resolução N.º 164/2017** que “disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro”. Este ato regulatório define o instituto da seguinte maneira:

Art. 1º A recomendação é o instrumento de atuação extraprocessual do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de

persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela Instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Parágrafo Único. Por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo.

Cumpra frisar que esta resolução aprimora a redação da Lei Complementar N°. 75/93 antes referida, realçando a visão deste trabalho de que as notificações recomendatórias são expedientes de “**prevenção de responsabilidades ou correção de condutas**” (tema a que se regressará adiante). Trata-se um instrumento a mais para o cumprimento do mister constitucional do Ministério Público. Não substitui o Termo de Ajustamento de Conduta ou as Ações Cíveis Públicas, mas, comumente, torna-os desnecessários pela total superação do objeto.

As legislações específicas do Ministério Público dos Estados também se preocupam em definir o instituto com mais ou menos detalhes. Ora repetem os dizeres das leis federais, ora os complementam. Há ainda normatizações administrativas internas (resoluções, ofícios circulares etc.) sobre o assunto. Desinteressa a este trabalho se debruçar sobre todas estas previsões, já que se tornaria repetitivo e enfadonho. A regulamentação nacional já permite uma satisfatória compreensão da matéria e das conclusões deste estudo.

É interessante registrar neste tópico, pois atrelada à conceituação jurídica do instituto, a análise pioneira de Sartori e Bialle a respeito da **natureza jurídica** das Recomendações Administrativas. Para os citados autores, elas devem ser enquadradas não como atos administrativos, mas sim como **atos da administração**, por serem concretizadas unilateralmente pelo Ministério Público e sem formalidades rígidas ou caráter coercitivo. Vejamos:

Há entendimento de que a Recomendação seria um ato administrativo, exigindo-se, assim, o preenchimento de determinados requisitos, tais como os pressupostos de perfeição, vigência e eficácia. Tratando-se de ato praticado diretamente e unilateralmente pelo Ministério Público no exercício de suas funções administrativas extrajurisdicionais, contendo as razões de convencimento do órgão recomendante sobre determinado fato e uma advertência ao destinatário, sem caráter de

coerção. Entende-se que a recomendação possuiria natureza jurídica de ato administrativo enunciativo de efeitos concretos.

No mesmo sentido, a minuta de resolução do CNMP em seu art. 2º, trata a recomendação como ato administrativo. Inclusive apresentando os princípios da recomendação. No entanto, deve-se ressaltar que há distinção entre os conceitos de ato administrativo e ato da administração. De acordo com o conceito explanado por Furtado o ato administrativo é toda declaração unilateral de vontade do Estado ou de quem tenha recebido delegação deste. Excetuadas aquelas provenientes do exercício das funções judiciais ou legislativas regida por norma de Direito Administrativo. Já os atos da administração são aqueles praticados no exercício da função administrativa, trata-se de um conceito mais abrangente. São classificados em: Atos regidos pelo Direito Privado; Atos materiais e Atos políticos ou de governo.

Nesse sentido, parece-nos que a Recomendação se enquadra mais adequadamente no segundo conceito, qual seja ato da administração. Isto porque este ato é mais amplo, e não possui necessariamente as mesmas características de um ato administrativo propriamente dito. Assim, dentre os atos da administração encontram-se os atos políticos, sujeitos ao regime jurídico-constitucional. A recomendação não se encaixa claramente de forma técnica como um ato administrativo. Há nebulosidade na classificação como ato administrativo, pois lhe faltam requisitos básicos para sua constituição, como por exemplo, presunção de veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade. (2016, p.339-341).

Esta visão parece a adequada, na medida em que se destaca que as Recomendações Administrativas não possuem a característica da **autoexecutoriedade**, que é um atributo dos atos administrativos (decorrente da presunção de veracidade e legitimidade) e pelo qual, a Administração pode impô-los sem o intermédio do Poder Judiciário (o qual apenas será provocado pelo administrado se este pretender a resistência). Nesta ótica, elas não poderiam ser encaradas como meios de solução de conflitos e sim de criação destes.

Se as Recomendações Administrativas gozassem do mencionado atributo, seriam imposições. Não haveriam Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público baseadas no descumprimento, já que apenas o destinatário é quem deveria buscar a tutela judicial se delas discordasse.

Da mesma forma, no que se refere às presunções de veracidade e legitimidade, já que, pela natural inversão do ônus probatório que gerariam, o destinatário apenas poderia ilididas através do Poder Judiciário.

Por isto, realmente, deve-se tratá-las como atos da administração. São

meramente enunciativos ou “pareceres antecipatórios” da Instituição.

Esta seção pretendeu transmitir a essência das Recomendações Administrativas de uma forma geral. Para a melhor percepção do instituto, todavia, é útil analisá-lo sob diferenciados enfoques: subjetivo, objetivo, formal e seus efeitos. Estas perspectivas permitirão uma adequada definição<sup>58</sup> do instrumento.

Do ponto de vista **subjetivo**, enfatizam-se os sujeitos do ato recomendatório: o recomendante e o recomendado (ou destinatário). Sob o prisma **objetivo**, o enfoque será a respeito dos objetos da recomendação, isto é, a causa motivadora de sua expedição e o conteúdo de que ela pode versar. No aspecto **formal**, examinar-se-ão as formalidades mínimas que devem caracterizá-la para o atingimento de seus intentos. Enfim, no que tange aos **efeitos**, serão estudadas as implicações do encaminhamento da recomendação tanto para o emissor quanto para o destinatário.

### 5.1.1 Dos sujeitos (aspecto subjetivo)

Interessa examinar os sujeitos relacionados ao ato de recomendar, isto é, quem detém a legitimidade para encaminhar uma Recomendação Administrativa (o *recomendante*) e quem pode ser seu destinatário (o *recomendado*).

O **emissor** da Recomendação Administrativa é normalmente o Ministério Público, por intermédio de seus membros (Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça, Procuradores da República e Procuradores-Gerais). A legitimidade deflui da Constituição Federal de 1988 e é reconhecida pelas leis infraconstitucionais (Lei N.º 8.069/90, Lei N.º 8.625/93 e Lei Complementar N.º 75/93), conforme já tratado.

Apesar de não interessar a este trabalho, importa consignar que o instrumento também foi estendido à Defensoria Pública, na esfera de suas atribuições, em suas regulamentações estaduais como, por exemplo, no artigo 33 da Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Trata-se de previsão salutar, visto que se encara esta via como uma excelente oportunidade de solução de conflitos administrativamente. Qualquer legitimado a uma demanda pode, formalmente, noticiar

---

58 Recordando-se que a definição é uma *conceituação complexa*, baseada no enquadramento dos seus elementos (BELLINETTI, 1997, p.15 e 16).

da iminência desta àquele que figuraria em seu polo passivo, propondo a solução amigável.

Por outro lado, atento aos princípios da igualdade e razoabilidade, além do espírito resolutivo, não resta dúvida de que o seu **destinatário** (*recomendado*) pode ser **qualquer um**, pessoas físicas ou jurídicas (como um agricultor ou uma empresa que esteja promovendo atividade danosa ao meio ambiente, respectivamente), privadas ou públicas (sendo destacada a atuação nestas últimas como resultado do dever de fiscalização e para coibir ilegalidades na Administração Pública).

As Recomendações também podem ser dirigidas a entes despersonalizados, mas que possuam uma destacada atribuição (como órgãos específicos dentro da estrutura administrativa como secretarias e ministérios) ou ainda a outros Poderes, não se restringindo ao Executivo<sup>59</sup>. Não é incomum o encaminhamento de recomendações ao Poder Legislativo para que se atente a prioridades constitucionais (como infância e saúde) na aprovação do orçamento anual ou em estímulo à regulamentação específica de determinado interesse<sup>60</sup>. Por isto, Sartori e Bialle ensinam:

Assim, pode o Ministério Público utilizá-la visando uma atuação efetiva a partir de uma intervenção – inclusive em outros poderes – ponderada e séria.

Trata-se de mais um mecanismo da fiscalização atribuída ao Ministério Público e da tentativa de recomposição da legalidade a partir de artifícios argumentativos e de atuação política. O que inclusive reforça o arranjo institucional da divisão do Estado quando o Poder Público compreender o polo passivo (2016, p.337).

Por isto, salienta-se, a redação que mais condiz com a realidade é a do artigo 6º da Lei Complementar N°. 75/93 (em comparação com a Lei N°. 8.625/93), que foca sua atenção no objeto da Recomendação Administrativa e não em seus destinatários.

---

59 Nestes casos, a advertência de futuro acionamento judicial e possível responsabilização (cível ou criminal) é direcionada aos agentes que os representam.

60 Mais adiante se explanará sobre a vinculação da Recomendação Administrativa com a legitimidade para a cobrança compulsória do recomendado por via judicial (realçando o seu aspecto de solução adequada de conflitos). No caso de Recomendações para o Legislativo, remete-se ao item 5.3.1 deste estudo, onde se exemplifica a possibilidade de seu encaminhamento quando existir uma medida judicial possível em face da negativa.

A amplitude do sujeito passivo foi aclarada pela **Resolução N.º 164/2017** do Conselho Nacional do Ministério Público, que em seu artigo 4º dispõe que a Recomendação Administrativa pode ser dirigida “a qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha condições de fazer ou deixar de fazer alguma coisa para salvaguardar interesses, direitos e bens de que é incumbido o Ministério Público” (grifos nossos). Essa regulamentação frisou que o destinatário será aquele que possui “poder, atribuição ou competência para a adoção das medidas recomendadas, ou responsabilidade pela reparação ou prevenção do dano” (§1º).

Neste aspecto, a expressão “administrativa” que lhe segue não se refere à qualidade do seu destinatário (que restaria limitado à Administração Pública), mas sim à forma de sua elaboração e encaminhamento. Deve, portanto, o termo ser entendido como **sinônimo de extrajudicial**<sup>61</sup>, na medida em que o *Parquet* lança mão da Recomendação sem o empréstimo da máquina judicial (cartorários, oficiais de justiça etc.), valendo-se exclusivamente de sua estrutura administrativa, no bojo de seus procedimentos administrativos.

Certamente, por isso, Alves e Berclaz (2015) tratam como sinônimo a expressão “**Notificação Recomendatória**”. O termo **notificação** traduziria melhor a sua **oficialidade** (ou seja, um encaminhamento formal, por escrito, com exposição de fatos e razões jurídicas), além da **necessidade de uma postura** do destinatário (que é instado a, pelo menos, apresentar uma resposta)<sup>62</sup>.

A exclusão da expressão “administrativa” parece conveniente, já que influencia na interpretação equivocada do instituto, limitando-o tanto em um aspecto horizontal (consubstanciado na ideia de que o recomendado resumir-se ia à Administração Pública) como vertical (de que se trataria de um ato interno do Ministério Público, dentro de sua estrutura hierárquica, sem afetar de interesses de terceiros).

Aliás, este sobrenome foi lhe dado no decorrer da prática forense, não constando a expressão na Lei N.º 8.069/90, na Lei N.º 8.625/93 ou na Lei Complementar N.º 75/93, que apenas falam em “recomendar”. Todavia, a

61 Aliás, esta ideia encontra-se na Resolução N.º 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, quando a define como “um instrumento de atuação extraprocessual”, como antes mencionado.

62 O assunto será analisado na seção 5.1.4, voltada aos **efeitos** da Recomendação Administrativa.

**nomenclatura imperfeita se consolidou de tal forma** que, além de assim tratada pelos doutrinadores, **foi a denominação utilizada na Resolução N.º 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, tornando sua utilização inevitável.**

Curioso aspecto que merece restar consignado neste tópico relaciona-se à possibilidade de confronto de Recomendações Administrativas por parte de diferentes legitimados (ou seja, o **choque entre os sujeitos ativos**). Ora, dois promotores de Justiça podem apresentar Recomendações a um mesmo destinatário, cujos conteúdos, ainda que parcialmente, confrontem.

Basta imaginar que um Promotor de Justiça com atribuição na área da infância recomende ao Prefeito que aumente o número de vagas em creches e, por consequência, o de profissionais a atendê-las. Em paralelo, um atuante na defesa do patrimônio público recomende a ele que não realize a admissão de pessoal por extrapolação do limite de gastos com pessoal pela Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 21 da Lei Complementar N.º 101/2000).

Certamente, na prática, pela falta de efeito cogente e vinculatório de ambas as recomendações, o destinatário poderá optar por acatar qualquer delas ou nenhuma. Se optar por alguma, obviamente levará ao conhecimento do emitente da outra o conteúdo da acatada como motivo de sua negativa, possibilitando a revisão da posição. Acaso argumente pela impossibilidade de aceitação de qualquer delas em face do conflito de seus conteúdos, também estará remetendo a situação novamente aos emitentes, que a equalizarão com base na razoabilidade e conhecimentos específicos de cada matéria, provavelmente resultando em uma nova notificação recomendatória conjunta.

Todavia, na hipótese de nenhum dos emissores rever o seu posicionamento, não resta dúvida que o Poder Judiciário se posicionará sobre o tema acaso a ele seja levado o caso em face do descumprimento de qualquer dessas recomendações. Antes disso, porém, poderá o conflito ser apreciado na forma sugerida por Sartori e Bialle em seu estudo:

Com relação ao conflito entre Recomendações expedidas por órgãos ou instituições diversas, não há um órgão que possua a função de decidir tal conflito, sendo que a decisão final caberá ao Poder Judiciário.

Porém, ao recomendado pode ser dada a oportunidade e a independência para decidir qual das Recomendações cumprirá, sem perder de vista, como indicado na jurisprudência atual, que o Ministério Público possui maior amplitude, pois não atende apenas os necessitados, e sim a toda a sociedade.

Em havendo conflito de atribuições entre Ministérios Públicos Estaduais ou Ministério Público Estadual e Federal, o Supremo Tribunal Federal entende que cabe a apreciação da divergência, em interpretação extensiva ao artigo 102, I, f, da CF/88. Mas o Supremo Tribunal Federal seria competente para julgar um conflito entre recomendações do Ministério Público e da Defensoria Pública do mesmo Estado da Federação? Nesse caso, entendemos que caberia ao Tribunal de Justiça em analogia a interpretação do STF.

Além disso, quando houver conflito de atribuições em face de Recomendações expedidas por agentes vinculados ao mesmo Ministério Público compete ao Procurador-Geral de Justiça resolver o conflito de atribuições, conforme determina o art. 19, XIX, da Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná” (2016, p. 352).

Como consta do texto transcrito, eventual conflito insuperável entre Recomendações Administrativas da Defensoria Pública e do Ministério Público defluirá naturalmente no Poder Judiciário<sup>63</sup>. Aliás, **esta parece a via mais propícia para dirimir todos os confrontos acima exemplificados**, uma vez que a adoção de qualquer das formas acima sugeridas implicaria em uma demora exacerbada para decidir unicamente quem pode sugerir ou qual sugestão é a mais adequada para o caso. Além de retirar as vantagens do uso do instituto (que é a **não judicialização** e o alcance mais **célere da solução**), pode implicar em prejulgamento da causa por instâncias superiores, ofendendo o princípio do juiz natural para eventual demanda decorrente. Afinal, dificilmente o magistrado incumbido de julgar uma Ação Civil Pública (em primeiro grau de jurisdição) teria a liberdade de decidir em casos já avaliados por instâncias superiores.

Um outro enfoque interessante e pouco avaliado é a eventualidade de um Promotor de Justiça ser destinatário da Recomendação Administrativa de um outro. Não há dúvida de que isto pode acontecer em relação ao membro enquanto pessoa física (e que, por exemplo, pode ser proprietário de uma área ribeirinha e necessite

---

63 Lembrando que as ações eventualmente propostas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública restariam conexas, ao menos, pela causa de pedir ou pedido. Não resta dúvida que o destinatário traria ao conhecimento do julgador o teor das recomendações a ele dirigidas para justificar sua postura ou ausência desta.

promover a preservação da mata ciliar). O problema proposto encontra-se quando ambos estão no exercício da função, como agentes ministeriais e o recomendado se dirige a esta atuação (que é feita em nome da mesma entidade). Seria isto possível dentro do princípio da unidade do Ministério Público?

A princípio, entre os membros do mesmo Ministério Público (Estadual, Federal ou do Distrito Federal) não seria possível, já que a unidade é restrita a cada um destes entes e os Promotores de Justiça tem constitucionalmente reconhecida a independência funcional como um de seus princípios. Eventual discordância entre eles deve ser sanada através da suscitação de conflito de atribuições (decididas pelo Procurador-Geral de Justiça) ou submetida à apreciação da Corregedoria-Geral (em se verificando alguma falta funcional)<sup>64</sup>. Lembre-se que nem mesmo o chefe da Instituição ou o Órgão Correicional podem recomendar em caráter vinculatório aos membros da instituição (artigo 10, XII e artigo 17, IV da Lei N.º8.625/93<sup>65</sup>), não sendo lícito que um pudessem fazê-lo em detrimento do outro.

No que toca a Ministérios Públicos diversos (entre Estados ou entre qualquer destes e o Federal), em que pese não existir o empecilho da unidade, haverá o da independência funcional. Por esta razão, eventual sugestão oficial de atuação de um para o outro não terá efeitos diferentes do que uma representação por providências de qualquer cidadão. Inclusive, porque, o Ministério Público (representado por seus membros) é ilegítimo para ser acionado judicialmente<sup>66</sup>, não havendo uma demanda

---

64 Tratam-se de providências administrativas **internas** e a visão deste trabalho é da restrição do uso das recomendações à prevenção de demandas **judiciais**. Por isto, elas não se destinam a solucionar problemas internos do próprio órgão (para o que bastariam ofícios circulares, portarias, resoluções e conflitos de atribuição), devendo serem restritas à destinatários externos, ou seja, devem dizer respeito à adoção por órgãos estranhos ao Ministério Público de medidas que segundo a ótica deste, são adequadas para uma determinada situação.

65 Anote-se a redação legal: “Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: [...] XII - expedir recomendações, sem caráter normativo aos órgãos do Ministério Público, para o desempenho de suas funções” e “Art. 17. A Corregedoria-Geral do Ministério Público é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições: [...] IV - fazer recomendações, **sem caráter vinculativo**, a órgão de execução”.

66 Isto porque o Ministério Público não possui personalidade jurídica e sim capacidade processual. Veja-se: “Os Ministérios Públicos Estaduais não possuem personalidade jurídica própria, sendo sua capacidade processual adstrita à defesa de prerrogativas institucionais, concernentes à sua estrutura orgânica e funcionamento. São, portanto, partes ilegítimas para figurar no polo passivo de ação indenizatória” (STJ, REsp 928550 AP 2006/0013316-9).

que se busque prevenir com essa comunicação. Eventuais ações serão destinadas contra o Estado ou à União a que ele se refira, de forma que eventual recomendação para a atenção especial de algum interesse transindividual por políticas públicas deve ser a estes direcionadas.

Afinal, não teria sentido a um membro do Ministério Público recomendar a cobrança/fiscalização por parte de um outro membro no que se refere a implementação de determinada política pública por um ente da Administração Direta se é possível fazer a este último a recomendação direta dessa concretização. Nesta hipótese, poderiam surgir os conflitos de recomendações antes tratados.

### **5.1.2 Dos objetos (aspecto objetivo). Bens jurídicos tutelados. Providências e atividades alvo**

Na acepção objetiva, deve-se ter em mente os objetos desencadeadores (ou *causas*), os **pretendidos** (as *providências*) e os **afetados** pela Recomendação Administrativa (as *atividades de incidência* e as suas *consequências*). Nestes últimos se enquadram as atividades direta ou indiretamente atingidas (indústria, comércio, agricultura etc.). Cabe frisar que o tópico seguinte se destina a examinar os efeitos do instituto, onde se enquadram as consequências materiais e jurídicas de sua emissão. Assim, aqui se preocupará no estudo dos outros enfoques.

Em palavras mais corriqueiras do mundo jurídico, pode-se falar em **motivos** (ou causas) de recomendar e **finalidades** do ato (que abrangeriam tanto as providências – *conteúdo* – como as consequências fáticas diretas – *efeitos*)<sup>67</sup>. Os primeiros seriam seus **pressupostos**, ao passo que as segundas representariam o conteúdo propriamente dito da recomendação (ou seu objeto propriamente dito).

As Recomendações Administrativas tem como **pressupostos** a existência de uma irregularidade (presente ou latente) que se relacione com uma atribuição do

---

67 Sabe-se que a finalidade jurídica deverá ser sempre a preservação do interesse público primário (em sentido lato, em que há confusão com os sociais, coletivos etc.). Por isto, a análise OBJETIVA do tema se prende aos fins materiais (providências sugeridas e concretizadas).

Ministério Público (afetando um interesse metaindividual ou individual indisponível<sup>68</sup>), podendo ter como **conteúdo** sugestões de atuação (fazer, corrigir, anular etc.) ou de inação (cessar determinada atividade). Diante disto, pode-se dizer que, assim como as ações judiciais, as recomendações terão **objetos mediatos** (pressupostos) e **imediatos** (as providências veiculadas).

No tocante a estes pressupostos e providências, é possível afirmar que as recomendações podem ser **preventivas** ou **repressivas**, conforme sejam expedidas, respectivamente, para evitar uma ilegalidade iminente ou para cessá-la/corrigi-la. A Resolução N.º 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, neste sentido, passou a prever que a “recomendação pode ser dirigida, de maneira preventiva ou corretiva, preliminar ou definitiva” (artigo 4º).

Os pressupostos, então, estão intimamente relacionados aos interesses tutelados e o seu reconhecimento pelo ordenamento (causa remota), além das evidências de uma conduta que os lesione ou ameace (causa próxima), os quais serão mencionados no instrumento na forma de *considerandos* fáticos e jurídicos (artigo 7º, da Resolução N.º 164/17 – CNMP)<sup>69</sup>.

Os objetivos imediatos do ato recomendatório (providências) envolvem a adoção da postura sugerida pelo destinatário para cessar o ilícito ou ameaça (obrigações de fazer, não fazer e que constarão como providências recomendadas). Neste tema, o Conselho Nacional do Ministério Público dispôs genericamente que o objetivo do instrumento é “persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos” (artigo 1º da Resolução N.º 164/2017).

Neste aspecto, o mencionado órgão erigiu dentre os princípios orientadores do instrumento a “máxima amplitude do objeto e das medidas recomendadas” (inciso V do artigo 2º da Resolução N.º 164/2017, como forma de propiciar elasticidade à superação do entrave, em homenagem à negociação. Afinal, a receptividade será muito maior quando se respeita um mínimo de escolha por parte do destinatário (em

---

68 Em analogia com a ação, os pressupostos representariam as **causas de pedir**, tanto próximas como remotas (de forma que o **bem jurídico tutelado** pela medida encontrar-se-ia aqui). O OBJETO VEICULADO (providências/finalidades) se confundiria com o PEDIDO.

69 “Art. 7º A recomendação deve ser devidamente fundamentada, mediante a exposição dos argumentos fáticos e jurídicos que justificam a sua expedição”.

outras palavras, é muito mais fácil cumprir com providências pelas quais se optou ou participou da construção).

Não se está a dizer que, por essa amplitude, o objeto deva ser indeterminado, o que contrariaria a própria segurança jurídica (que também é um princípio específico – artigo 2, XI) e dificultaria até a fiscalização (artigo 3, §2º, e artigo 8º, parágrafo único, da Resolução). Pelo contrário, o mesmo regramento determina que as providências devem ser indicadas de “**forma clara e objetiva**” (artigo 8º). Ou seja, quando a solução da situação puder se concretizar por mais de uma maneira, deve-se oportunizar estas alternativas no instrumento. Do reverso, não! Por exemplo, quando uma atividade poluidora de uma fábrica puder ser contida com a adoção de uma ou outra medida acautelatória (como a instalação de filtros em chaminés ou atualização do maquinário), elas devem ser indicadas como medidas cabíveis na Recomendação, deixando ao alvedrio do destinatário (conforme os custos e outras variantes) optar por qualquer delas. De outro lado, quando só existir uma providência possível (como a cessação do despejo de dejetos em um riacho), obviamente apenas só ela será indicada. Tudo, sem prejuízo de que na resposta sejam trazidas outras vias.

Ainda no aspecto objetivo, aqui compreendido o que pode ser alvo das Recomendações Administrativas, é possível dizer que elas podem se dirigir **às atividades de todos os setores de uma sociedade**. Apesar de frequentemente voltadas para o setor público (licitações, improbidades etc.), o seu conteúdo pode envolver a agricultura (como na invasão de áreas especialmente protegidas ou manutenção de um cultivo inadequado, que degrade o ambiente), a indústria (como a imposição de restrições a atividades poluentes ou de adequação com a utilização de filtros em chaminés) ou o comércio e prestação de serviços (como o alerta a práticas que possam ser consideradas abusivas ao consumidor)<sup>70</sup>.

Enfim, dentro da concepção restrita, que identifica este instrumento como via

---

70 Importante destacar que a intervenção do Ministério Público através das Recomendações Administrativas não se assemelha a um intervencionismo estatal nas atividades privadas (Estado intervencionista). Isto é feito de outras formas, através de leis e programas de governo. O instrumento do *Parquet* busca adequar uma determinada conduta aos conformes legais, independentemente do crivo político que a orientou. Não se trata, portanto, de um expediente de intervenção estatal, mas sim de uma ferramenta de correção (ou adequação) desta ingerência. Nessa missão, observar-se-á ora os interesses republicanos (bem comum), ora os individuais (garantias fundamentais) ou, ainda, a ambos.

alternativa à lide, **apenas podem ser objeto de Recomendação Administrativa aquelas providências que reflitam deveres jurídicos**, de maneira que, em não se acatando o alerta ministerial, será possível cobrá-las coercitivamente através do Poder Judiciário (como em qualquer lesão ou ameaça a direito). Quando o objeto da recomendação puder ser ignorado pelo destinatário, isto é, quando se reconhecer a ele a liberdade de prosseguir na postura apontada (como em casos de discricionariedade pura), não é adequada a utilização da notificação recomendatória (que pode configurar uma ingerência). Será possível ao Ministério Público sugerir posturas diversas, mas por intermédio de um ofício simples.<sup>71</sup>

Assim, as recomendações veiculam **advertências** ou avisos<sup>72</sup>. Por isto identificam-se com as **notificações**, onde se anunciam **deveres jurídicos** e as **obrigações decorrentes**, alertando-se o destinatário para as consequências da manutenção de sua postura desidiosa em relação àqueles. O destinatário é informado e instado a uma atitude. O Conselho Nacional do Ministério Público reconheceu esta limitação ao afirmar que elas prestam-se a “persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos [...] como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas” (artigo 1º, grifo nosso) em alternativa à via judicial (artigos 5º, 6º e 11, §§1º a 3º, da Resolução N.º 164/17).

---

71 Este tema será tratado com mais atenção no **item 5.3.1** desta dissertação.

72 O conceito de Recomendação Administrativa que interessa a este trabalho não se confunde com as recomendações entre órgãos do mesmo ente (internas), como são àquelas da Corregedoria e da Procuradoria-Geral de Justiça aos membros do Ministério Público (artigos 10, XII, 12, VII, 15, X e 17, IV, da Lei N.º 8.065/93), ou ainda as dirigidas pelos Tribunais de Contas aos Municípios e Estados, cuja definição está atrelada à orientação e aconselhamento (eventualmente reprimindo o descumprimento com infrações administrativas), de forma que o não acatamento não repercutiria em futura apreciação judicial da questão. O instituto tratado neste estudo **é restrito àquele instrumento utilizado como forma de solução adequada de conflitos relacionados a interesses confiados ao Ministério Público (transindividuais ou individuais indisponíveis) e cujo desrespeito pode levar a discussão ao Poder Judiciário (que avaliará o caso conforme a indisponibilidade dos interesses)**. Veja-se a lição: Como se vê, não obstante a denominação possa gerar algum tipo de confusão ou mesmo caracterizar impropriedade terminológica do legislador, obviamente que a Recomendação Administrativa ou Notificação Recomendatória **não é uma simples sugestão, conselho ou recado destituído de força cogente e coativa**, predicados que, aliás, são inerentes ao universo jurídico e ao próprio campo do direito enquanto ciência (ALVES, BERCLAZ, 2015, p.45, grifo nosso).

### 5.1.3 Aspecto formal

Quando se estudou a natureza jurídica das Recomendações Administrativas, concluindo tratarem-se de **atos da administração** (mais amplos) e não atos administrativos, foi mencionada a ausência de um formalismo rígido. Afinal, elas se identificam com atos enunciativos (ou “pareceres antecipatórios”) da posição jurídica do Ministério Público diante de um dado conflito.

Envolvendo uma comunicação formal, a maior preocupação é no repasse o mais preciso possível da informação, exteriorizando as intenções. Não há qualquer interesse em questionar “nulidades” se a ideia foi transmitida.

É forçoso reconhecer que, acaso um destinatário não acate uma recomendação e, por consequência, seja acionado judicialmente para a imposição do recomendado, não seria admissível que ele viesse a questionar na demanda supostas nulidades formais na emissão da recomendação para justificar sua postura. Se o documento foi claro, tendo repassado o alerta, o magistrado muito provavelmente se convencerá da má-fé no apego a tais “preliminares”<sup>73</sup>. A Recomendação Administrativa propõe uma solução (material) dos interesses em jogo e é este o conteúdo que ela deve transmitir, sem apegos formais.

Por isto, Sartori e Bialle (2006, p.342) lecionam que os pressupostos específicos de perfeição, vigência e eficácia dos atos administrativos não precisam ser observados no ato da expedição da recomendação. A sua carga jurídico-política é muito maior, pois advinda de um agente político, como são doutrinariamente classificados os membros do Ministério Público, com experiência no ajuizamento de demandas coletivas.

Disto decorre que o expediente costuma retratar muito mais estilos do agente que a expediu do que formalidades estabelecidas. A Recomendação Administrativa pode, então, estar encartada resumidamente em um ofício singelo ou revestir-se de pompas similares a uma petição inicial de Ação Civil Pública. Todavia, o desapego à rigidez de uma peça processual para que as recomendações alcancem seus objetivos

---

73 Ademais, acaso o destinatário não compreendesse o instrumento, mas se mostrasse disposto à solução administrativa, anunciaria isto em sua resposta, implicando em naturais esclarecimentos e tratativas com o emissor. Dificilmente se aguardaria a via judicial para isto.

negociais é realizado por Ricardo Galha Messia, que assim se expressa:

Por vezes, a mera instauração do procedimento, seguida da expedição de ofícios requisitando informações é suficiente para a sanção da irregularidade identificada. Em outras oportunidades, necessárias são reuniões, recomendações e termos de compromisso de ajustamento de conduta. No entanto, **esses instrumentos, para que surtam os efeitos desejados, não podem receber o mesmo tratamento dispensado a uma peça processual, a qual é dirigida a um representante do Poder Judiciário, que procederá a uma análise técnica do documento.**

Ideias de lide, pretensão resistida e partes opostas não podem se fazer presentes quando o Procurador da República, por sua estratégia de atuação, pretende dispensar a ação judicial para a solução do litígio. Porque sempre negocial, as providências extrajudiciais demandam tanto a utilização de argumentos técnico-jurídicos como a de argumentos pragmáticos, demonstrando ao interlocutor que a adoção voluntária das medidas pretendidas pelo Ministério Público apresenta-se mais vantajosa do que a submissão a um processo judicial (2011, p.31-32, grifo nosso).

Deve-se, portanto, interpretar de forma sistêmica e ponderada a Resolução N° 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que elenca a “formalidade e solenidade” como um dos princípios da Recomendação Administrativa (artigo 2º, inciso II), ou a conceitua como um ato formal (artigo 1º).

Ela própria valoriza a argumentação fática e jurídica capaz de “persuadir o destinatário” (artigo 1º), já que o seu sucesso depende do “convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia” (parágrafo único). Também, porque é imprescindível “fornecer ao destinatário todas as informações úteis à formação de seu convencimento quanto ao atendimento da recomendação”, inclusive apontando as medidas que seriam cabíveis para superar a celeuma (parágrafo 1º do artigo 11).

Percebe-se que a preocupação do Conselho Nacional do Ministério Público volta-se ao **sucesso da comunicação** entre as partes, não impondo uma obediência a formas rígidas. Tanto que a própria resolução reconhece ser a expedição uma faculdade do membro do *Parquet*, quando utiliza do verbo “poderá” em seu artigo 3º. Diante disto, uma recomendação informal teria o mesmo efeito de sua não emissão, como se o agente ministerial tivesse optado diretamente pela ação judicial. Aquela não contaminaria esta de qualquer nulidade.

O princípio da *formalidade e solenidade* apenas **pretende evitar informalidades extremas**. Imagine-se que, um Promotor de Justiça encontre, por um acaso, o Prefeito de seu município em um supermercado ou outro lugar qualquer e, em meio à conversa, recomende a ele que adote determinada postura em relação a um procedimento licitatório e este não o faça. Como o Promotor documentará esta negativa na ação de improbidade porventura decorrente? Através de testemunhas? De outro lado, como o prefeito, normalmente leigo em temas jurídicos, explicitará à procuradoria jurídica municipal os pontos de irregularidade e as medidas a ele narradas informalmente pelo membro do Ministério Público?

Evidentemente, há um mínimo de formalidade que a Recomendação Administrativa deve observar para que atinja suas finalidades. É isto que o Conselho Nacional pretendeu reconhecer em sua Resolução. Incogitável uma notificação recomendatória que não contenha, ainda que resumidamente, uma exposição do fato que a gerou, da conclusão jurídica a respeito e das medidas recomendadas pelo emitente. Sem isto, sua capacidade de convencimento pode restar prejudicada. **Ainda assim, não se falaria em sua nulidade, mas sim em uma recomendação frustrada**, a exigir novos métodos de comunicação.

Como ato da administração que é e, a fim de possibilitar a sua documentação (e o controle do acatamento e viabilizar as vantagens tratadas no capítulo que segue), pode ser considerada como **essencial** na Recomendação Administrativa a forma escrita (tanto que é possível exigir resposta escrita do destinatário e, não seria razoável que a recomendação tomasse forma diversa) com os considerandos fáticos e jurídicos (propiciando o convencimento ou a discordância fundamentada no destinatário).

Não é por acaso que o artigo 15 da Resolução N.º 23/07 do Conselho Nacional de Justiça já previa que as Recomendações Administrativas devam ser “devidamente fundamentadas”, o que já trazia implícita a documentalidade (escrita), com a exposição dos fundamentos de fato e de direito do recomendado. Com a atual Resolução N.º 164/2017 (que revogou aquela anterior previsão), isto restou evidente quando dispôs que “a recomendação deve ser devidamente fundamentada, mediante a exposição dos argumentos fáticos e jurídicos que justificam a sua expedição” (artigo 7º) e que “conterá a indicação de prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, indicando-as

de forma clara e objetiva” (artigo 8º).

Uma recomendação verbal não se adequa ao princípio da publicidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, vez que não permite a documentação inerente à fiscalização popular<sup>74</sup>. Também prejudica o controle pelo emitente das providências indicadas<sup>75</sup> e potencializa os conflitos de interpretação (que já ocorrem naturalmente em qualquer documento). A propósito, anote-se o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] no direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado [...]

Exatamente por isso, conclui-se que a Administração Pública deve adotar, “como regra, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento” (2003, p.201).

Também, por evidente, como **essencial** deve ser fixado um prazo para resposta escrita<sup>76</sup> sobre o seu acatamento e devem ser indicadas as providências que se sugere para a superação do problema apontado (artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei N.º 8.625/93 e artigo 8º da Resolução N.º 164/2017 do CNMP).

A propósito dessas mínimas formalidades, veja-se a lição:

Partindo do princípio de que a Recomendação Administrativa usualmente é emitida após conhecimento, estudo e recolhimento de informações prévias sobre uma determinada situação ou problema, evidente que o posicionamento ministerial nela contido possui descrição fática e fundamentação jurídica idônea capaz de potencializar chances

---

74 A publicidade está inserida no artigo 2º, inciso IV, da Resolução N.º 164/17 do CNMP, com reflexos no seu artigo 9º (em que pode-se requisitar ao destinatário a adequada e imediata divulgação do documento).

75 Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Resolução N.º 164/17 do CNMP, “O atendimento da recomendação será apurado nos autos do inquérito civil, procedimento administrativo ou preparatório em que foi expedida”. Acaso a recomendação seja expedida de forma avulsa, para prevenir casos urgentes, a abertura do procedimento será feita posteriormente, inclusive para fins de fiscalização do cumprimento daquela (artigo 3º, parágrafo único).

76 A previsão legal de possibilidade de exigência resposta escrita confirma a necessidade desta mesma forma para o ato recomendatório por paralelismo.

de obediência e observância de parte dos seus destinatários, sob pena de comportamento contrário implicar na assunção de riscos e ônus dos seus destinatários assumirem conscientemente a condição de alvos passivos de algum tipo de atuação do Ministério Público em favor da sociedade.

Compreendida a ideia matriz da Recomendação Administrativa como instrumento de atuação extrajudicial do membro do Ministério Público, tal peça possui sua “espinha dorsal” atrelada a três elementos essenciais: 1) narrativa fática; 2) fundamentação jurídica; 3) apresentação do posicionamento recomendado com indicação do seu conteúdo incluindo destinatário(s), prazo e outros aspectos relacionados à adoção de comportamento ativo ou passivo frente a um dado problema (BERCLAZ, ALVEZ, 2015, p.45-46).

Como formalidades **não essenciais**, mas **úteis**, tem-se a elaboração de uma investigação prévia (através de uma *Notícia de Fato*, um *Procedimento Preparatório*, um *Inquérito Civil* etc.), com a notificação dos interessados, pedidos de informações, confecção de laudos, tudo a subsidiar o objeto da recomendação. Por exemplo, em matéria ambiental, dificilmente o Promotor de Justiça possuirá conhecimentos profundos para sugerir providências eficazes para a adequação de uma atividade poluidora sem o auxílio técnico especializado.

Diz-se não essencial, na medida em que é possível a expedição de uma Recomendação Administrativa **avulsa**, sem qualquer procedimento investigatório prévio. Isto porque há casos em que os  **fatos são notórios e incontroversos** ou já **vieram suficientemente instruídos pelo denunciante** e a postura a ser adotada independe de conhecimento especializado (e diverso do jurídico). Também quando for necessária uma **atuação urgente**, para evitar o perecimento de interesses (como no fornecimento de medicamentos ou internações).

É possível ilustrar com o caso de um Prefeito que nomeia a esposa para um cargo comissionado qualquer, sendo isto amplamente divulgada pelos meios de comunicação e publicado pela imprensa oficial do Município, contrariando descaradamente a Súmula Vinculante N.º 13 do Supremo Tribunal Federal (que reprime o nepotismo). Admissível que o Promotor de Justiça recomende imediatamente a exoneração sob pena de acionamento judicial.

Pensar diferente representaria demasiado apego burocrático, que desconsidera o princípio da celeridade. Também seria desproporcional, na medida em que, para o

ajuizamento da Ação Civil Pública (que seria o *mais*), dispensa-se a instauração de procedimento prévio<sup>77</sup>, não havendo razões para que o instrumento alternativo a ela (o *menos*) dependesse desta formalização.

Afinal, o Inquérito Civil (ou qualquer outra investigação administrativa) destina-se à reunião de elementos de convicção para que próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje sua atuação. Se tal convencimento já se encontra formado, prescindível instaurá-lo apenas pró-forma.

Neste aspecto, discorda-se de SARTORI e BIALLE (2016), que entendem essencial um procedimento investigatório prévio, com base no art. 15 da Resolução N.º 1928/2008 do Ministério Público do Paraná e na Resolução N.º. 23/07 do Conselho Nacional do Ministério Público que assim permite concluir.<sup>78</sup> Eles argumentam pelas vantagens deste proceder:

---

77 O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou: "Processual Civil. Ação Civil Pública. Ministério Público. Desnecessidade de Prévio Inquérito Civil. Honorários Advocatícios Indevidos. Lei nº 7.347/85 (arts. 8º, 9º e 17). Súmula 7/STJ. 1. Compete ao Ministério Público facultativamente promover, ou não, o inquérito civil (§ 1º, art. 8º, Lei 7.347/85), procedimento administrativo e de caráter pré-processual, com atos e procedimentos extrajudiciais. Não é, pois, cogente ou impositivo, dependendo a sua necessidade, ou não, das provas ou quaisquer elementos informativos precedentemente coligidos. Existindo prévia demonstração hábil para o exercício responsável da Ação Civil Pública, o alvitre do seu ajuizamento, ou não, é do Ministério Público, uma vez que o inquérito não é imprescindível, nem condição de procedibilidade. A decisão sobre a dispensa, ou não, está reservada ao Ministério Público, por óbvio, interdita a possibilidade de lide temerária ou com o sinete da má-fé. 2. Existente fundamentação razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância, tanto que, se não aparecer como autor, obrigatoriamente, deverá intervir como custos legis (§ 1º, art. 5º, ref.), não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da Ação Civil Pública, atribuir-lhe a litigância de má-fé (art. 17, Lei ant., c/c o art. 115, Lei nº 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios. Demais, no caso, a pretensão não se mostra infundada, não revela propósito inadvertido ou clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resultante de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Grampeia-se que a litigância de má-fé sempre reclama convincente demonstração. 3. Recurso parcialmente conhecido e provido para derruir a condenação nos honorários advocatícios.(REsp 152447 /MG RECURSO ESPECIAL1997/0075340-9 – Relator: Min. Milton Luiz Pereira- Primeira Turma- Julgamento:28/08/2001-DJ:25/02/2002).

78 Veja-se: "Art. 15. O Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover" (Resolução N.º 23/2017 do CNMP). Esta previsão foi expressamente revogada pela Resolução N.º 164/2017 do CNMP, integralmente destinada a reger a emissão de Recomendações Administrativas, mas a essência do questionamento persiste, já que os novos artigos 3º e 8º impõem a existência de inquérito civil, de procedimento administrativo ou procedimento preparatório prévio. Apenas se excepcionam os casos de urgência, em que a abertura destes cadernos devem ser feitas posteriormente, inclusive para fiscalização do cumprimento.

[..] há necessidade da instauração de procedimento. Isso se deve ao fato de que, com a instauração de qualquer procedimento, o MP faria a investigação dos fatos antes da expedição da Recomendação, evitando assim recomendações inadequadas ou impraticáveis. Poderíamos investigar através da colheita das provas os fatos descritos na Portaria de instauração do procedimento. Poderia também dar maior credibilidade do conteúdo expedido pelo Ministério Público, resultando em uma maior força moral “coercitiva” para o efetivo cumprimento. Além disso, o procedimento permite que o Ministério Público possa se inteirar sobre o problema, podendo se valer da realização de audiências públicas.

[...]

Igualmente, a investigação dos fatos precedente a uma Recomendação fornece melhores fundamentos ao membro do Ministério Público para a análise da necessidade ou não da propositura de Ação Civil Pública, ou da suficiência da Recomendação. Sendo que, no primeiro caso, haverá a vantagem de já ter sido preparado o estudo que baseará a futura Ação Civil Pública.

Ressalta-se que a Recomendação remetida dentro do Procedimento Preparatório ou Inquérito Civil, com ampla produção de provas, também proporciona segurança jurídica às partes, uma vez que possibilita a consulta da documentação angariada durante o procedimento instaurado pelo Ministério Público e, conseqüentemente, permite averiguar se há possibilidade de cumprimento ou não da Recomendação. Assim, parece temerário expedir Recomendação sem a instauração de um procedimento prévio adequado (2016, p.353-354).

Como foi esclarecido inicialmente, apesar de não essenciais, essas formalidades se revelam de extrema **utilidade**, como foi perfeitamente apontado no estudo transcrito. Não é possível, entretanto, limitar o uso deste excelente instrumento de prevenção extrajudicial de conflitos à abertura de um procedimento administrativo prévio. Estar-se-ia ignorando a amplitude de situações em que ela pode incidir. Sequer para a Ação Civil Pública (regulada por lei) é indispensável tal formalidade, não sendo razoável impô-la ao instrumento extrajudicial com base em resoluções.

Aliás, os próprios autores relevam este pensar, na medida em que reconhecem que o artigo 15 da Resolução Nº 23/2007 do Conselho Nacional (hoje revogado pela **Resolução Nº 164/2017**) não poderia ter restringido a expedição das Recomendações Administrativas apenas a Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios (já que o Promotor de Justiça pode também instaurar Notícias de Fato, Procedimentos Administrativos, Eleitorais ou Investigatórios Criminais). Veja-se:

No entanto, não parece correto limitar a expedição da Recomendação

pelo Ministério Público apenas aos Procedimentos Preparatórios e Inquérito Civil. Em primeiro lugar, não poderia uma Resolução do CNMP determinar ao membro do Ministério Público em qual procedimento deve ou não ser expedida a Recomendação. Isto, porque, o CNMP não possui função legislativa nos termos da Constituição Federal, cabendo apenas a lei determinar neste sentido ou atos normativos de cada Ministério Público (2016, p.355-356).

Ora, este mesmo raciocínio pode ser estendido à previsão de necessidade do inquérito ou procedimento preparatório, já que a Constituição Federal prevê como função do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (artigo 129, II). Estas medidas necessárias não poderiam ser limitadas sequer pela lei, tampouco por resoluções.

A atual Resolução N.º 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público adotou uma postura intermediária (e mais razoável) no sentido da investigação prévia. Ela dispõe, inicialmente (artigo 3º), que as Recomendações Administrativas devem ser expedidas nos autos de Inquérito Civil, de Procedimento Administrativo ou Procedimento Preparatório (ampliando assim a previsão anterior da Resolução N.º 23/07 antes referida), mas reconhece que em casos urgentes essa instauração prévia é prescindível, devendo o procedimento ser aberto posteriormente, inclusive para a adequada fiscalização do cumprimento do recomendado (artigo 3º, §2º, e artigo 8, parágrafo único)<sup>79</sup>.

Do ponto de vista dos relevantes interesses veiculados na Recomendação Administrativa (que são os mesmos que poderiam ser objeto de uma Ação Civil Pública – que dispensa, por lei, tal burocracia), é absolutamente inútil perquirir se ocorreu ou não essa instauração prévia. Tampouco a falta se prestaria a macular a ação porventura

---

79 Diz a Resolução N.º 164/2017: “Art. 3º O Ministério Público, de ofício ou mediante provocação, nos autos de inquérito civil, de procedimento administrativo ou procedimento preparatório, poderá expedir recomendação objetivando o respeito e a efetividade dos direitos e interesses que lhe incumba defender e, sendo o caso, a edição ou alteração de normas. [...] §2º Em casos que reclamam urgência, o Ministério Público poderá, de ofício, expedir recomendação, procedendo, posteriormente, à instauração do respectivo procedimento”.

“Art. 8º A recomendação conterá a indicação de prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, indicando-as de forma clara e objetiva.

Parágrafo único. O atendimento da recomendação será apurado nos autos do inquérito civil, procedimento administrativo ou preparatório em que foi expedida”.

proposta pelo descumprimento da recomendação avulsa (em virtude do princípio da indisponibilidade que vigora nesta espécie de demanda). Logo, a discussão apenas refletiria em eventual providência sancionatória administrativa no agente do Ministério Público (advertência, censura etc.).

O Conselho Nacional do Ministério Público volta-se à fiscalização e uniformização da atuação dos membros do *Parquet* brasileiro, não podendo criar empecilhos administrativos à tutela efetiva dos interesses protegidos pela instituição, conforme mandamento constitucional.

Por fim, **outra formalidade não essencial** lembrada pela Resolução N.º 164/2017 do CNMP está presente no §2º do artigo 4º. Trata-se apenas de uma questão protocolar, relacionada ao bom trato entre as autoridades.

Por uma questão de respeito institucional, costuma-se exigir que correspondências, ofícios ou notificações ministeriais direcionadas a Ministros de Estado, Governadores, Deputados dentre outros, seja intermediada pelo chefe da instituição (o Procurador-Geral), mesmo quando este não possui atribuição legal para processar o destinatário naquelas hipóteses. É o sentido da previsão do §1º do artigo 26 da Lei Orgânica do Ministério Público (“as notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça”). A Resolução N.º 164/2017 apenas estende esta previsão às Recomendações Administrativas.

Por exemplo, um governador estadual não apresenta foro privilegiado para demandas cíveis, de maneira que eventual ação de improbidade administrativa que o tenha como réu tramitará em primeiro grau, sendo da atribuição do Promotor de Justiça atuante nesta instância. Acaso pretenda este, para prevenir responsabilidade, expedir uma Recomendação Administrativa em face dessa autoridade, recomenda-se que utilize da intermediação do Procurador-Geral de Justiça. Este, como não é o promotor natural da causa, deve respeitar a independência funcional do membro, não lhe competindo valorar o conteúdo da recomendação, “ressalvada a possibilidade de, fundamentadamente, negar encaminhamento à que tiver sido expedida por órgão ministerial sem atribuição, que afronta a lei ou o disposto nesta resolução ou, ainda,

quando não for observado o tratamento protocolar devido ao destinatário” (§2º do artigo 4º).

Esta formalidade é **útil** na medida em que melhora a receptividade do documento, revestindo-lhe da autoridade política do intermediador. **Não é essencial**, porque, mesmo que realizado diretamente, promoveria o efeito notificatório e não impediria o ajuizamento da demanda (que dispensa a prévia recomendação, como visto). O desrespeito não prejudica os interesses protegidos nas medidas, ensejando unicamente e eventualmente uma falta funcional ao integrante do Ministério Público.

#### 5.1.4 Efeitos

O envio de uma Recomendação Administrativa produz **efeitos imediatos** tanto em relação ao *recomendante* quanto no que toca ao *recomendado*. Evidentemente haverá outros atingidos (**efeitos mediatos**), mas o tema será tratado quando se examinar as vantagens do instituto.

Os poucos estudiosos do tema são uníssomos em reconhecer a liberdade do *recomendado* em acatar ou não o conteúdo da notificação recomendatória, razão pela qual lecionam que ela não o vincula. Veja-se:

A recomendação não afeta diretamente o ato ou omissão sindicado. É dotada de caráter vinculativo mínimo e não leva o seu expedidor a atuar em substituição dos poderes públicos. Funciona como meio de “pressão política” e se expressa como uma sugestão, convite, formulado com a força persuasiva, moral e política do emissor, para que a anomalia seja sanada a partir da modificação, anulação ou revogação do ato praticado (FRANCO JÚNIOR, 2010).

O Conselho Nacional do Ministério Público, igualmente, entendeu que “por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia”, a notificação recomendatória “não tem caráter coercitivo” (artigo 1º, parágrafo único da Resolução Nº 164/2017). Alias, indicou como um princípio aplicável ao instrumento o “caráter não-vinculativo das medidas recomendadas” (artigo 2º, inciso VIII).

Todavia, **há um efeito vinculatório, ainda que mínimo ou parcial, em relação**

**ao destinatário.** Isto, porque a própria lei prevê que o recomendante pode, em seu bojo, **requisitar** “ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito” (artigo 27, parágrafo único, IV da Lei N.º 8.625/93)<sup>80</sup>.

A expressão **requisição**, na terminologia forense, reflete uma **ordem** que, se não cumprida, pode sujeitar o destinatário a sancionamento. Difere, por isso, dos termos **pedido** ou **requerimento**, que comportam apreciação e conseqüente **deferimento** ou **indeferimento**. Em outras palavras, a requisição deve ser cumprida, ao passo que os requerimentos são avaliados. Esta distinção é antiga e consta, por exemplo, do Código de Processo Penal, que dispõe que os Juízes e Promotores requisitam ao Delegado de Polícia a instauração de inquérito, ao passo que os particulares o requererem (artigo 5º, inciso II<sup>81</sup>). Como leciona De Plácido e Silva:

[...] na linguagem jurídica , requisitar significa *pedir com autoridade* ou *exigir*.

E a *requisição*, neste sentido, é a exigência legal ou a ordem emanada da autoridade para que se cumpra, para que se faça ou para que se preste o que é exigido, ordenado ou pedido (1967, p.1355).

O Poder requisitório do Ministério Público encontra seu embasamento na Constituição Federal (artigo 129, incisos VI e IX) e em diversas leis infraconstitucionais (artigo 8º, § 1º, da Lei N.º. 7.347/85, artigo 26 da Lei 8.625 etc.). O descumprimento da requisição ministerial pode, inclusive, sujeitar ao sancionamento por um crime, definido no artigo 10 da Lei nº 7.347/85<sup>82</sup>.

É muito frequente que constem do corpo das Recomendações Administrativas algumas requisições instrutórias, que poderiam ser direcionadas por um ofício apartado e exclusivo, mas que tomam carona nesses expedientes. Por exemplo, quando se

80 A Resolução N.º 164/2017 do CNMP repetiu esta previsão: “Art. 9º O órgão do Ministério Público poderá **requisitar** ao destinatário a adequada e imediata divulgação da recomendação expedida, incluindo sua afixação em local de fácil acesso ao público, se necessária à efetividade da recomendação”.

81 “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

82 “Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

recomenda a uma empresa a cessação de uma atividade poluidora, pode constar deste documento uma requisição dos alvarás de funcionamento ou outros papéis de guarda do destinatário para complementação da investigação.

Diante disto, acaso conste no conteúdo da Recomendação qualquer requisição de documentação, de resposta escrita<sup>83</sup> ou de publicidade, haverá a **vinculação do destinatário** quanto a isto.

De outro lado, ainda que elas não vinculem o destinatário ao seu conteúdo (a recomendação em si), de forma indireta, **podem vincular (ainda que relativamente) o Promotor de Justiça que a encaminhou (o emitente)**. Afinal, se ocorrer a aceitação e o cumprimento pelo primeiro, o recomendante não poderia “mudar de ideia” e ajuizar a ação. Ainda que o faça, inevitáveis serão os reflexos na avaliação do interesse de agir (por ausência de pretensão resistida) ou da boa-fé do demandado. Certamente, se o agente se convencer, posteriormente, do desacerto do recomendado e acatado, seguir-se-ão novas tratativas, em homenagem à receptividade demonstrada pelo seu destinatário.

Com a **Resolução N.º 164/2017** do Conselho Nacional do Ministério Público, reconheceram-se **vinculações do emissor**. O artigo 10, parágrafo único, diz que, se houver a resposta fundamentada do não atendimento, o órgão ministerial que a encaminhou deverá apreciá-la fundamentadamente. Ou seja, a resposta fundamentada importa em uma avaliação dos argumentos trazidos. Isto vem repetido no § 3º do artigo 11 do mesmo regramento.<sup>84</sup>

Da mesma forma, quando o Promotor de Justiça indica as medidas que entende necessárias para superação do problema, fixando um prazo para a resposta sobre o acatamento, “o órgão ministerial não adotará as medidas indicadas antes de transcorrido o prazo fixado para resposta, exceto se fato novo determinar a urgência dessa adoção” (§ 2º do artigo 11 da Resolução N.º 164/2017).

---

83 Sobre a requisição da resposta escrita, também a Resolução N.º 164/2017 do CNMP passou a prever expressamente: “Art. 10 O órgão do Ministério Público poderá requisitar, em prazo razoável, resposta por escrito sobre o atendimento ou não da recomendação, bem como instar os destinatários a respondê-la de modo fundamentado.

84 “A efetiva adoção das medidas indicadas na recomendação como cabíveis em tese pressupõe a apreciação fundamentada da resposta de que trata o parágrafo único do artigo anterior”.

De outro lado, um aspecto pouco estudado e esquecido pelo Conselho Nacional do Ministério Público ao elaborar a resolução específica é o de que a recomendação não vincula terceiros. Qualquer colegitimado para a ação civil pública poderá ajuizá-la, ainda que pendente a notificação recomendatória a respeito do tema. Trata-se de exercício legítimo de um direito constitucional que não pode ser limitado por tratativas alheias.

Obviamente, o conteúdo da recomendação pode repercutir na avaliação do magistrado sobre a necessidade/utilidade desta ação, tal qual poderia influir o parecer ministerial nela incidente em seu convencimento. A recomendação, por isso, poderia ser encarada como um “parecer prévio”. Afinal, ela deve conter *considerandos* fáticos e jurídicos a serem analisados e sopesados pelo recomendado com os riscos de sucesso da eventual demanda.

Um exemplo seria uma Associação de Proteção Ambiental que entenda que a reparação de uma área deve ser realizada de forma diversa da sugerida pelo *Parquet*. Todavia, este risco também existe em qualquer outra forma extrajudicial de solução de conflitos (como o termo de ajustamento de conduta) e tampouco está descartado em relação às próprias ações (há diversos casos de danos ambientais em que são propostas demandas diversas, por entes diferentes e, às vezes, em Justiças distintas). Em todas estas situações, as várias providências tomadas para a solução do impasse sempre acabam sendo trazidas ao conhecimento do Juízo prevalente (sobretudo porque haverá coincidência na legitimidade passiva, que conhecerá todas as investidas relacionadas à sua atividade). O Poder Judiciário, então, solucionará estas divergências sem ignorar as tratativas realizadas por outros sobre o tema.

Como já adiantado, o uso da Recomendação Administrativa traz outros efeitos diretos e indiretos em relação aos interesses tutelados, os quais serão tratados na seção destinada à análise das vantagens desse instrumento para a solução consensual de conflitos, que é o objetivo principal desta dissertação.

## **5.2 As Recomendações Administrativas e a vedação constitucional da consultoria jurídica pelo Ministério Público**

Como estudado antes, as Recomendações Administrativas fazem apontamentos fáticos e devem exprimir uma avaliação jurídica deles para convencer o receptor a adotar as providências ali elencadas. Em função disto, especialmente na atuação preventiva, é natural que se questione sua identidade com as consultorias jurídicas que, assim como a advocacia, são vedadas aos membros do Ministério Público.

A questão é de relevo na medida em que, difundindo-se o seu uso e as suas vantagens na resolução amigável de entraves de atribuição do *Parquet*, aumentará a procura da instituição por “potenciais demandados” em busca deste instrumento para prevenirem-se de responsabilização em suas atividades.

Se por um lado, isto parece valorizar a atuação resolutiva, provoca a banalização do instrumento e a transformação do Ministério Público em um órgão de consulta, prejudicando sua atenção para outras situações de interesse social, além da desvalorização da advocacia pública.

Para se superar esta celeuma, é necessária a compreensão da intenção do constituinte ao impor vedações aos agentes do Ministério Público, em especial a relativa à consultoria jurídica, confrontando a sua essência com a das Recomendações Administrativas, que são de uso facultativo dos promotores, conforme a estratégia jurídica e ponderação. Apenas com uma utilização racional delas será possível valorizá-las como instrumento de superação de contendas.

### **5.2.1 As vedações constitucionais a determinadas atividades como forma de garantir isenção e imparcialidade pelos membros do Ministério Público**

A Constituição Federal de 1988 incumbiu o Ministério Público da importante função de defensor do regime democrático. Para garantir a sua isenção no exercício desta missão, o constituinte reconheceu-lhe a autonomia (funcional e administrativa) em relação os demais Poderes do Estado (artigo 127, § 2º), atribuindo-lhe orçamento próprio (independência financeira, conforme artigo 127, §§3º a 6º) e dotando os seus membros de diversas prerrogativas (inamovibilidade, irredutibilidade do subsídio e vitaliciedade nos termos do artigo 128, §5º, inciso I).

Também, com o mesmo intuito, a Carta Maior trouxe vedações (artigo 128, §5º, inciso II). Aos membros do Ministério é proibido:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária;
- f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Fácil compreender estas proibições, todas voltadas à isenção e imparcialidade na atuação dos promotores e procuradores de Justiça. Eles não podem receber honorários advocatícios ou custas para evitar que a recompensa financeira torne-se o principal objetivo de sua atuação, viciando as estratégias institucionais com um estímulo à judicialização das causas em detrimento das soluções extrajudiciais (minorando as chances de que eles se tornem “mercenários”). A ausência de premiação pelas providências que lhes são inerentes à função permitem aos representantes do Ministério Público ponderar pelas diligências que melhor atendam os interesses que lhes foram confiados (com mais celeridade e razoabilidade).

Pelas mesmas razões, é lhes incompatível o exercício da advocacia, a qual é fundada no patrocínio cego aos interesses dos clientes e no retorno econômico que isto proporciona. Por isto, não podem também os membros do Ministério Público participar de sociedades comerciais, cuja atividade é basicamente voltada ao lucro. Este objetivo, ainda que inconscientemente, passaria a orientar a forma de pensar do indivíduo, com riscos de relegar a atividade ministerial para um segundo plano (se não a contaminasse). Há a necessidade de que os Promotores e Procuradores de Justiça se dediquem quase que exclusivamente às suas funções institucionais, sob pena de prejudicar a missão fiscalizatória, que deve ser constante. Não à toa, o seu exercício, assim como o da judicatura, é constantemente equiparado a um celibato.

A dedicação exclusiva àquela importante atribuição constitucional justifica ainda a proibição de se exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública,

salvo uma de magistério. Há, aqui, também, uma restrição à vinculação do representante do Ministério Público a outros entes públicos e que poderia, hipoteticamente, prejudicar a independência de sua atuação em relação a este. O mesmo intuito encontra-se na impossibilidade dos agentes ministeriais receberem auxílios ou contribuições de qualquer pessoa física ou jurídica (pública ou privada): diminuir as chances de influência externa em sua atividade,

Os promotores de Justiça, por razões evidentes, não podem também exercer atividade político-partidária (como serem filiados a um partido). Ora, a filiação partidária, por exemplo, importa na adesão a um programa ideológico que contaminaria, ainda que de forma presumida, qualquer postura tomada por eles em suas funções.

Mais adiante, **de forma complementar à vedação prevista no artigo 128, §5º, inciso II, alínea b (exercício da advocacia)**, o constituinte esclareceu, ao tratar das diversas funções institucionais do Ministério Público, que outras funções lhe poderiam ser conferidas, “desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial **e a consultoria jurídica de entidades públicas**” (artigo 129, inciso IX).

Note-se que tanto a representação judicial quanto a consultoria jurídica são atividades inerentes ao exercício da advocacia (artigos 1º e 3º da Lei N.º 8.906/94), que é proibida de forma geral aos membros do *Parquet*. Logo, é possível dizer que ao Ministério Público é vedada a consultoria jurídica, seja a entes públicos ou privados.

Então, pode-se perguntar: **até que ponto, a expedição de uma Recomendação Administrativa não representaria uma consultoria jurídica?** Da resposta a esta indagação se cuidará no item seguinte.

### **5.2.2 Diferenças entre o ato de Recomendar Administrativamente e as Consultorias Jurídicas. Razoabilidade e Proporcionalidade na atuação**

Lembre-se que, na **seção 5.1** desta pesquisa, ao se tratar do conceito das recomendações, destacou-se seu triplo aspecto, identificado ora como uma “carta de apresentação”, ora como uma “orientação” ou como uma “instrução obrigatória” (ligada

ao mandato), ressaltando-se que aquele que mais se adéqua ao objeto deste estudo é o segundo apresentado. Também, nesta pesquisa, foi realçada a sua similitude com um “parecer prévio” por parte do Ministério Público.

Neste contexto de “orientação” ou “parecer prévio”, há muita similitude das Recomendações Administrativas com consultorias. Todavia, as semelhanças cessam nestes pontos, havendo relevantes diferenças no que toca à legitimidade e efeitos que decorrem destas duas atividades.

Pode-se, então, diferenciá-las pelo que a **consultoria jurídica** é realizada por órgãos ou pessoas **vinculadas** (contratual ou legalmente) ao consulente. Há uma ligação entre consulente-consultado. Exatamente por esta derivação legal ou contratual, a elaboração da consultoria é um dever de um e pode ser cobrada pelo outro<sup>85</sup>.

O Ministério Público não possui esta espécie de vinculação, em face de sua imparcialidade e independência funcional. Também, como visto, não está impelido a elaborar uma Recomendação Administrativa para aquele caso, sendo uma faculdade do emissor, que pode optar por outra estratégia jurídica (como o imediato acionamento judicial, utilizando-se de tutelas de urgência/ações preventivas etc.).

De outro lado, a consultoria jurídica pura e simples pode ser acatada ou não pelo consulente, **sem a possibilidade de qualquer reação por parte do consultado**. A atividade deste cessa com a pesquisa apresentada, sendo da responsabilidade exclusiva do consulente portar-se conforme seu teor ou não. O vínculo legal ou contratual entre eles, aliás, impede que aquele demande contra este (conduta, inclusive, alçada à categoria de infração penal, no artigo 355 do Código Penal, que trata do patrocínio infiel, simultâneo ou tergiversação).

A Recomendação Administrativa do Ministério Público, por sua vez, acaso ignorada, certamente desencadeará uma ação por parte deste órgão, para impor ao destinatário o seu conteúdo. A total independência entre eles permite este acionamento judicial.

---

85 Por exemplo, a não elaboração de um parecer jurídico por parte da procuradoria de uma entidade pública pode gerar uma infração funcional do agente. Da mesma forma, a ausência de análise de determinado caso por parte de profissionais contratados para tal pode desencadear a aplicação das consequências contratuais ou mesmo sua rescisão.

Percebe-se, então, que, apesar da “Notificação Recomendatória” do Ministério Público não possuir efeitos vinculantes, mantendo o seu destinatário a liberdade de acatá-la ou não, nesta última hipótese, diversamente da simples consultoria, ele será alvo de uma medida judicial para compeli-lo a tal.

A Recomendação Administrativa, então, já anuncia como certa uma demanda por parte de seu emissor, propondo a solução amistosa do caso. A consultoria jurídica não. Ela trabalha apenas com suposições, anunciando prováveis consequências por parte de terceiros.

**O problema encontra-se, na realidade, na denominação do instrumento (“recomendação”), que leva à natural ideia de aconselhamento.** Por isto, a melhor nomenclatura seria ***Notificação Recomendatória***: através dela, dá-se ciência oficial da irregularidade para que o notificado pratique ou se abstenha de algum ato (remete-se ao item 5.1.2, onde se tratou do tema). Ninguém discordaria que o Ministério Público pode realizar notificações, tampouco confundiria tais atos com consultorias

Limitar a utilização das Recomendações Administrativas com base na interpretação equivocada e superficial (terminológica) de que incidiriam em consultorias vedadas ao Ministério Público seria contraproducente e desproporcional.

Contraproducente pois é difícil de imaginar que alguém se negasse a cumprir com uma Recomendação Administrativa com tal justificativa, pois ignoraria as chances de correção da irregularidade apontada (alternativa a um moroso e custoso processo) sob um argumento acessório.

Desproporcional pois não se compreenderiam as razões da legislação (constitucional e infraconstitucional) assegurarem ao Ministério Público instrumentos de grande impacto social (como as Ações Cíveis Públicas, Ações de Inconstitucionalidade etc.) e negar-lhes aqueles menores, que poderiam atingir as mesmas consequências com imediatividade e menores traumas aos relacionados. Sobretudo na esfera transindividual, em que um dano dificilmente é integralmente reparado e a atuação preventiva é sempre preferível.

Ademais, sabe-se que a Constituição Federal não pode ser interpretada de forma absoluta em suas previsões pontuais, devendo-se adotar uma análise sistêmica de seus mandamentos. Ora, se em um momento ela reconhece a relevância de um bem

jurídico (como a saúde pública – artigo 197 e seguintes – ou o meio ambiente – artigo 225), incumbindo ao Ministério Público a sua defesa (artigo 129 , incisos II e III), esta atuação não pode restar limitada por uma previsão esparsa e acessória, cuja interpretação de seu alcance, como visto, causa perplexidade. Deve-se ponderar na hipótese concreta conforme a proporcionalidade e a razoabilidade.

Não se pode dar uma interpretação ampliativa e absoluta ao texto, apartado das demais previsões e princípios incidentes, pois, seria como impedir ao Ministério Público postular em juízo a reparação de danos ao Erário sob o argumento de que, assim agindo, exerceria “representação judicial” do ente público vítima. Ou pior, como a Constituição veda a advocacia aos membros da instituição e o Estatuto da OAB prevê que a “postulação a Órgão do Poder Judiciário” é uma das “atividades privativas de advocacia” (artigo 1º, I, da Lei N.º 8.906/94), jamais poderia um Promotor de Justiça apresentar qualquer demanda em Juízo. Todavia, sabe-se que esta jamais foi a intenção do constituinte.

Assim, se um gestor público procura um representante do Ministério Público para consultar-lhe a respeito da adoção de determinada política voltada a seu funcionalismo público, nem sempre poderá obter uma resposta. Acaso, todavia, a opção daquele esbarre em um impedimento legal, será possível o encaminhamento de uma recomendação para que não proceda daquela forma, sob pena de acionamento judicial.

Da mesma forma, quando determinada obra pública pode vir a ameaçar bens jurídicos de grande relevo (como o Meio Ambiente). É razoável que, antes de iniciar sua execução, questione-se ao Ministério Público sobre eventual impedimento. Da mesma forma, é proporcional que este lhe responda. Isto evitaria um futuro desgaste com embargos à atividade, dispêndio de grande investimento etc.

Enfim, mesmo em questões eminentemente jurídicas (ao menos em um primeiro momento), como o encaminhamento de um projeto de lei à votação da Casa de Leis, é possível cogitar da atuação ministerial preventiva, de ofício ou provocada por qualquer parlamentar ou mesmo de um cidadão, quanto às latentes inconstitucionalidades nele veiculadas, resultando em uma Recomendação Administrativa para a sua não aprovação ou sanção. No caso de acolhimento do recomendado, estar-se-ia fomentando a revisão do caso e evitando-se o desgaste com a provável propositura de

Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>86</sup>.

Logicamente, estas “consultas” apenas seriam consumadas após ouvidos os departamentos ou procuradorias jurídicas e jamais em substituição a eles. Este é o sentido da vedação constitucional, reflexo da independência funcional: o Ministério Público não deve funcionar como o setor jurídico de determinada entidade, o que é incompatível com sua missão fiscalizatória. Também, eventual resposta do *Parquet* não é compulsória, dependendo da avaliação tópica de cada situação apresentada, sem olvidar-se da estratégia de tutela do representante ministerial ao qual ela foi dirigida.

Do reverso, seria muito cômodo, especialmente aos agentes políticos, “blindarem-se” de punições por improbidade administrativa ou outras demandas através da submissão prévia de todos seus passos ao Ministério Público. **Isto sobrecarregaria este Órgão, tornando-o um sucedâneo dos setores jurídicos dos entes da Administração e prejudicaria a fiscalização e tutela de outros interesses coletivos e sociais.**

De qualquer maneira, como já pincelado neste e nos capítulos antecedentes, sendo objeto específico do próximo, a atuação do agente do Ministério Público na opção pelas Recomendações Administrativas deve fundar-se na alternatividade a uma demanda eminente, ponderando-se sobre suas vantagens, tudo sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade. A atenção deve voltar-se ao interesse público e social que o caso envolve e não o particular de um gestor público. Não à toa, a Resolução N.º 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público reconheceu que o seu uso é facultativo (artigo 3º) e deve se pautar pelo princípio da “ponderação e a proporcionalidade nos casos de tensão entre direitos fundamentais” (artigo 2º, inciso X).

### **5.3 As Recomendações como meio adequado de solução de conflitos transindividuais**

Estabelecido o conceito das Recomendações Administrativas e suas

---

86 Neste aspecto, a Resolução N.º 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público foi esclarecedora, quando, em seu artigo 3º, aclarou que a Recomendação Administrativa pode veicular providências relacionadas à “edição ou alteração de normas”.

características sob variados enfoques, é possível avançar para o estudo de sua utilidade como instrumento resolutivo, isto é, como alternativa às demandas, destacando-se as vantagens desta utilização.

### 5.3.1 As Recomendações Administrativas como alternativa ao ajuizamento de ações

Hugo Nigro Mazzilli (1996) diferencia as Recomendações em duas espécies. Uma que versa a respeito de tema envolto pela discricionariedade do gestor (que para ele seriam as *em sentido estrito*) e outra que trata de matéria regida pela legalidade. A primeira teria conotação de pressão moral ou política do administrador público, ao passo que a segunda se destinaria a prevenir responsabilidades e determinar o cumprimento da lei.

Para este estudo, é esta última espécie que merece atenção e que poderia ser melhor nominada de Notificação Recomendatória. Afinal, as que se encaixam naquele primeiro tipo seriam instrumentos políticos, enquanto as desta última se prestam à prevenção de litígios e uma mais célere pacificação social.

As Notificações Recomendatórias devem ser encaradas como um instrumento alternativo ao litígio. Ou seja, o seu uso deve estar vinculado à constatação de uma **irregularidade** (atual ou iminente) que pode configurar **causa de pedir** e o **conteúdo recomendado** deve refletir apenas aquilo que pode vir a constituir o **pedido** em uma ação judicial (sob as formas de obrigação de fazer, não fazer etc.).

Em outras palavras, elas são expedidas quando **já é virtualmente cabível uma ação judicial** (partes, pedidos e causa de pedir bem definidos). O agente ministerial encontra-se convencido da existência de um problema e já pode estimar as providências para a sua superação.

Neste cenário, o Promotor de Justiça encaminha a recomendação possibilitando a solução imediata do conflito e o diálogo sobre o seu teor. O destinatário poderá apresentar as suas ponderações e explicações sobre o caso. Acaso estas sejam

convincentes, gerará o arquivamento da investigação administrativa relativa<sup>87</sup>. Ele também poderá aprimorar o seu conteúdo, propondo outras formas viáveis de superação da situação e que subsidiarão um Termo de Ajustamento de Conduta. Isto homenageia a presunção de boa-fé e a célere solução das contendas. Enfim, pode-se discordar completamente de seus termos, para que o Judiciário decida a respeito.

As Recomendações Administrativas, portanto, não vinculam os seus destinatários. Elas oportunizam o diálogo com estes, **alertando-os para a iminência de um processo judicial**. Acaso não haja a recepção do recomendado, buscar-se-á a via judicial para a imposição de providências, como se poderia ter feito de início, pelo princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

Logo, quando as Recomendações Administrativas **anunciam** a possível propositura de ações civis públicas ou de improbidade administrativa, não estão veiculando “ameaças” (inclusive porque não é possível assim qualificar o livre exercício do direito de ação) e sim **alertas**. Propicia-se um **aviso** formal da conclusão a que chegou o representante do Ministério Público no estudo aquela situação, antecipando ao destinatário as razões que subsidiariam a demanda judicial, permitindo que este reavalie a sua atuação e os riscos (inclusive financeiros) da instauração de um litígio. Em outras palavras, ele não será surpreendido com a ação.

No caso do não acatamento de seu teor pelo destinatário ou sendo infrutíferas as tratativas relacionadas às providências a serem concretizadas, recorre-se à via tradicional (Poder Judiciário). A Resolução Nº 164/2017 do Conselho Nacional de Justiça transparece o entendimento desta pesquisa, pois em diversos pontos reforça seu caráter de **alternatividade à via judicial**, a iniciar pelos *considerandos*, onde consta “a acentuada utilidade da recomendação para a **autocomposição dos conflitos** e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público, sendo importante **instrumento de redução da litigiosidade**, e de ampliação do acesso à justiça em sua visão contemporânea”. Isto consta também quando se arrola como um

---

87 Isto porque, muitos aspectos práticos ou jurídicos podem ser ignorados pelo membro do Ministério Público quando da elaboração da recomendação. Por isto, esta atuação fomenta o debate e a composição. Nas palavras de Raul de Mello Franco Júnior, “é possível que a resposta à recomendação seja imbuída de virtuoso convencimento, a que se dobre o próprio órgão do MP, o que terá servido para evitar a instauração de procedimentos ou ações” (2010).

princípio seu a “resolutividade” (artigo 2, X). De forma mais expressa, temos a previsão do artigo 6º no sentido de que “sendo cabível a recomendação, esta deve ser manejada anterior e preferencialmente à ação judicial”.

**Exatamente por isso, não é correta a utilização das Recomendações Administrativas para o encaminhamento de sugestões que não possam ser impostas judicialmente.**

Se o sugerido pode ser licitamente ignorado pelo destinatário (por se encontrar em sua liberdade de atuação), não tem espaço a Recomendação Administrativa. É mais fácil perceber esta diferença a partir de exemplos.

Constando-se ilegalidades em uma licitação de um Município, é possível ao Promotor de Justiça expedir uma Recomendação Administrativa dirigida ao Prefeito para a anulação do certame. Acaso esta não seja acatada, tem espaço uma Ação Civil Pública para obter a mesma consequência. Da mesma forma, ao se perceber que um empresário está desenvolvendo uma atividade poluidora, é possível recomendar que ele a cesse ou tome as providências necessárias para impedir a poluição, pois será possível ingressar com uma ação para impor-lhe obrigações de fazer ou não fazer.

De outro lado, não é da melhor técnica o Ministério Público recomendar administrativamente a elaboração ou aprovação de um projeto de lei para que um Município abandone a previsão de pagamento de *horas extras* para seus funcionários, substituindo-as por *banco de horas*, ainda que isto represente economia aos cofres públicos, ou que altere o regime de seu funcionalismo (de estatutário para celetista ou vice-versa) pois o não acatamento do sugerido encontra-se na discricionariedade do administrador (mérito administrativo)<sup>88</sup>, não podendo ser imposto por via judicial.

Juliana Fernandes Chacpe, estudando o tema, posicionou-se pela possibilidade de que este instrumento direcione-se a atuações discricionárias do administrador, ao lecionar que o “objeto da recomendação pode ser desde a adoção de medidas que

---

88 Para Celso Antônio Bandeira de Mello “mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.” Fonte: Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005,pg.38.

estão sob o juízo discricionário da Administração Pública até medidas que só podem ser determinadas por força de excoutoriedade do Poder Judiciário. Caberá ao recomendado, a seu critério, acatar ou ignorar a medida, não incorrendo em ilegalidade caso opte por se manter inerte, devendo, entretanto, providenciar a imediata e adequada divulgação da recomendação, bem como emitir uma resposta por escrito ao Ministério Público, caso tenha havido alguma requisição nesse sentido por parte do membro do *parquet*” (2011, p. 4).

Não se discorda desta lição, visto que habitualmente são expedidas Recomendações Administrativas que resvalam na discricionariedade da Administração.

Ocorre que, **mesmo a discricionariedade tem seus limites**. Ela não é absoluta e suas restrições encontram-se na lei (decorrência do princípio da legalidade que orienta todos os aspectos da Administração Pública – art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Só há discricionariedade em uma **zona cinzenta**, em que as escolhas do administrador não afrontem a legislação ou mesmo a razoabilidade, a proporcionalidade ou a moralidade. O Poder Judiciário pode e deve analisar o mérito do ato administrativo, justamente para verificar se ele ultrapassa os limites fixados na lei ou nos mencionados princípios. No ponto em que os extrapolar, **a discricionariedade transforma-se em arbitrariedade**.

Desta forma, os juízes podem verificar o mérito (oportunidade e conveniência do ato administrativo), **não podendo, porém, substituir pelos seus próprios critérios a opção legítima feita pelo administrador**. Conforme Maria S. Zanella Di Pietro:

Com relação aos atos discricionários, **o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que é assegurada à Administração Pública pela lei**.

(...)

**Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária**, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário (cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, in RDP 65/27-38; Lúcia Valle Figueiredo, 1986:120-135; Regina Helena Costa, 1988:79-108).

(...)

Dentro desses parâmetros é que caberá ao Poder Judiciário examinar a **moralidade** dos atos administrativos, com fundamento no art. 37, caput, e art. 5º, LXXIII, da Constituição, este último referente à ação popular. Não cabe ao magistrado substituir os valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do Juiz **(2004, p.210-212, grifos nossos)**.

Da mesma forma, Melissa Cachoni Rodrigues (2016, p.316) :

(...) caso a discricionariedade se transforme em arbitrariedade, desde já, legitimado está o controle judicial. Ademais, quanto maior liberdade, maior deve ser o controle, nos recíprocos contrapesos entre os poderes. Mas, isto não deve significar, de nenhuma maneira, falta de respeito à esfera administrativa ou judicialização desmedida. Pelo contrário, está-se promovendo, em verdade, maior aproximação do Ministério Público e demais legitimados, e do próprio Poder Judiciário, às causas ambientais, urbanísticas e sociais, cobrando-se, também, destes, maior acompanhamento das políticas públicas, das prioridades elegidas e o real atendimento das necessidades da sociedade.

Assim, esses atos pseudodiscricionários **devem** ser alvos de Recomendações Administrativas, já que **podem** ser objeto de revisão judicial (e o descumprimento daquelas desencadeará possivelmente estas). Por isto, reforça-se a posição de que esta espécie de atuação extrajudicial do Ministério Público é limitada aos casos em que será possível buscar a força executória do Poder Judiciário na negativa<sup>89</sup>. Quando a opção do Administrador é legítima, não é adequado o instrumento.

É muito importante consignar aqui, como já adiantado quando se tratou dos sujeitos deste instrumento (seção 5.1.1), que **o Poder Legislativo não esta imune às Recomendações Administrativas em sua atividade típica**<sup>90</sup>. Em que pese a sua liberdade e autonomia em legislar, há casos em que ela sofre mitigação e pode implicar

---

89 Juliana Fernandes Chacpe não diverge desta posição, na medida em que conclui em seu estudo que as Recomendações Administrativas “não tem força coercitiva perante o Poder Público, todavia, em caso de não atendimento ou de justificativa insatisfatória pelo Poder respectivo, poderá dar ensejo a que o *Parquet* adote outras medidas, inclusive judiciais, com vistas à execução de seu conteúdo (ação civil pública, ação de improbidade administrativa, etc.)” (2011, p.8).

90 Por evidente, nas atividades atípicas, sobretudo as voltadas à sua administração (contratações, licitações, pagamento de funcionários etc.) as Recomendações são perfeitamente cabíveis.

em acionamento judicial (ou seja, inexistente discricionariedade).

Basta lembrar que o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal (regulamentado pela Lei N.º 11.300/2016), prevê o **mandado de injunção** sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Seria possível o Ministério Público recomendar a regulamentação antes de se recorrer deste remédio constitucional (recordando que a Lei N.º 11.300/16 deixou expressa a legitimidade do *Parquet* para esta ação, em seu art. 12, inciso I).

Da mesma forma, quando estivermos diante de **leis de efeitos concretos**, que nada mais são do que atos administrativos com roupagem de lei, podendo ser livremente atacadas perante o Poder Judiciário.

Enfim, mesmo nos casos de **controle de constitucionalidade de lei em sentido estrito**, é admissível que o legitimado para o ingresso da Ação de Inconstitucionalidade (o Procurador-Geral da República – na esfera federal – ou o Procurador-Geral de Justiça – na estadual) encaminhem previamente a estas uma Recomendação Administrativa, propiciando ao próprio legislativo a revogação do diploma (a propósito, vide ALMEIDA, 2008).

Foi esta realidade para a qual se atentou a Resolução N.º 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, quando, em seu artigo 3º, aclarou que a Recomendação Administrativa pode veicular providências relacionadas à “edição ou alteração de normas”. **Em todos os exemplos citados, será possível uma demanda judicial para impor o recomendado.**

Discorda-se, portanto, com as restrições acima, da posição de Sartori e Bialle, para quem:

[...] a Recomendação possui grande abrangência, podendo ser utilizada sob diferentes perspectivas e em diferentes casos. Nesse sentido, explica-se que devido à própria natureza da Recomendação seu espectro de abrangência é extremamente amplo. **Pode-se recomendar a adoção de medidas que estão sob o juízo discricionário da Administração Pública, ou medidas que só podem ser determinadas com força de executoriedade pelo Poder Judiciário** (2016, p.344, grifos nossos).

A compreensão transcrita baseia-se naquela visão ampla do termo “recomendar”, confirmando que seria melhor a adoção de uma nomenclatura diferente (NOTIFICAÇÃO RECOMENDATÓRIA) para o instituto abordado neste estudo, o qual se restringe àquele em que é virtualmente possível impor as medidas sugeridas com a força executória do Judiciário.

Note-se que, **é permitido ao *Parquet* propor melhorias na Administração ou na legislação, ainda que se tratem de providências discricionárias.** Todavia, **não o deve fazer através de Recomendações Administrativas, mas sim por intermédio de ofícios.** Estes encontram previsões distintas nas várias leis que tratam do Ministério Público. Um exemplo é o artigo 26, VII, da Lei N.º 8.625/93, que prevê que a instituição “**poderá** [...] **sugerir** ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade”.

Não se deve banalizar o instituto da Recomendação Administrativa (ou Notificação Recomendatória), utilizando esta nomenclatura para direcionar meras sugestões ou aconselhamentos, pois isto apenas contribui para que elas continuem mal compreendidas, enfraquecendo a sua receptividade como instrumento adequado de solução extrajudicial de conflitos com interesses transindividuais.

Elas são o melhor exemplo da função *OMBUDSMAN*, como leciona Raul de Mello Franco (2010):

A relação entre a “recomendação” e o *Ombudsman* é muito estreita. Nos Estados soberanos em que o *Ombudsman* não dispõe de instrumentos judiciais para o questionamento de atos e serviços da Administração (o que constitui a grande maioria), a recomendação é a sua principal ferramenta de trabalho, usada de forma criteriosa e como medida extrema, fundada em um juízo de ilegalidade e injustiça do ato, da atuação ou da omissão analisados. [...]

Funciona como meio de “pressão política” e se expressa como uma sugestão, convite, formulado com a força persuasiva, moral e política do emissor, para que a anomalia seja sanada a partir da modificação, anulação ou revogação do ato praticado. Eis um ponto particularmente interessante da atividade do *Ombudsman*. A força da recomendação está depositada na autoridade moral, na lisura, na confiabilidade, na competência, na experiência que o recomendante inspira, seja como cidadão, seja como homem de confiança do Parlamento ou como órgão constitucional. Paraphrasing Carnelutti, o *ombudsman* não pode

mandar, mas deve ser hábil para convencer. Essa inexecutoriedade ou indefinitividade da recomendação, longe de ser uma debilidade institucional, é justamente o maior trunfo do recomendante.

Por tudo isso, o mencionado jurista reforça que a recomendação é uma medida extrema no sentido de que, com vistas à solução do caso concreto, não deve ser a primeira, mas a última alternativa. Do reverso, “a expedição de recomendações em todos os casos representaria, inegavelmente, a banalização do instrumento e o seu consequente descrédito”.

Para que ela tenha a receptividade que merece, deixando de ser encarada como ingerência externa na atividade política ou privada e sim como uma saudável oportunidade para saneamento extrajudicial de conflitos, o seu uso deve restringir-se às hipóteses em que o ato atacado é passível de revisão judicial. Nestes casos, reúnem-se as vantagens de que se tratará a seguir.

### **5.3.2 As vantagens do uso das Recomendações Administrativas**

Na prática, as Recomendações Administrativas se revelam como um excelente meio de solucionar conflitos, em alternativa à via ordinária (judicial). Como visto, através delas, o agente do Ministério Público aponta fundamentadamente o objeto de discórdia (um ato ou conduta irregular, que viole bens jurídicos de relevo), indicando eventualmente as formas de correção. Com isto, abre-se caminho para a composição quanto aos aspectos de solução, especialmente a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta fixando os prazos razoáveis ou as medidas necessárias para a adequação, além das sanções pelo descumprimento. Em suma, alcançam-se as mesmas providências que se obteria pela via judicial, mas sem a morosidade que lhe caracteriza<sup>91</sup>.

---

91 Sobre os prejuízos da cultura demandista, leciona Humberto Lima de Lucena Filho: “Questões que poderiam ser solucionadas com o mínimo de disposição das partes ocupam o Judiciário, causando lesões ao interesse público e retardando a apreciação de questões com relevo coletivo e importantes à sociedade. Tribunais que foram concebidos para se debruçar questões que envolvam interpretação do Direito, julgar recursos que envolvam matéria constitucional ou que possuam repercussão geral ainda recebem casos que atrasam o desempenho de suas funções mais relevantes. Desta feita, recursos públicos, tempo e desgaste emocional são despendidos em questões de cunho excessivamente ínfimo, que poderiam ser finalizadas facilmente por métodos extrajudiciais, o quais fomentam uma cultura

Em função disto, quando se viu incumbido de regulamentar a expedição de Recomendações Administrativas pelos integrantes do *Parquet* brasileiro, o Conselho Nacional, de início, ressaltou a sua “acentuada utilidade [...] para a autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público”, sendo importante instrumento de redução da litigiosidade, e de ampliação do acesso à justiça em sua visão contemporânea”, além da “conveniência institucional de estimular a atuação resolutiva e proativa dos membros do Ministério Público para promoção da justiça” (Resolução N.º 164/2017).

Ela se revela eficaz em prevenir litígios e adequar a conduta do destinatário às leis e atos normativos, homenageando a resolutividade dos casos que ameaçam, notadamente, interesses transindividuais e trazendo justiça a comunidades despersonalizadas ou indivíduos sem possibilidade de acesso ao Poder Judiciário. Isto ressalta o seu aspecto democrático e sua vinculação à função de *Ombudsman* como já mencionado<sup>92</sup>.

Não lhe é destinada, todavia, a devida atenção, optando-se primordialmente pela demanda, o que resulta em cômoda transferência da solução dos conflitos ao Poder Judiciário<sup>93</sup>.

Como consequência do uso tímido das recomendações, muitas das autoridades a que elas são destinadas as desconhecem e não as identificam como uma **oportunidade** excelente para a adequação de suas condutas às leis, prevenindo-se de litígios que podem perdurar por anos. Exatamente por isso, o Conselho Nacional do Ministério Público já vinha estimulando a postura resolutiva<sup>94</sup> dos promotores, com a

---

pacificadora” (2012, p. 53).

92 A Resolução N.º 164/2017 do CNMP enfatizou isso em seus *considerandos*, prevendo seu poder de “**ampliação do acesso à justiça em sua visão contemporânea**”.

93 Como ensina Kazuo Watanabe ao tratar sobre as formas consensuais de superação de conflitos: “Há mesmo, o que é lastimável, um *certo preconceito* contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há, ainda, a *falsa percepção* de que a *função de conciliar é atividade menos nobre*, sendo a função de sentenciar atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em *pacificar com justiça os conflitantes*, alcançando por via de consequência a solução do conflito” (2005, p.686).

94 Neste contexto, Gregório Assagra de Almeida, citando Marcelo Pedroso Goulart ensina que “Dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, [...] existem dois modelos de Ministério Público: o

ampla utilização das recomendações, o que restou coroado com a Resolução N.º 164/2017.

As vantagens estão presentes tanto no acolhimento do recomendado, quanto na sua negativa. Pode-se, então, listar algumas utilidades **materiais** e **processuais** na expedição das Recomendações Administrativas. Pelas primeiras entendem-se os reflexos diretos nos interesses tutelados, ao passo que nas segundas se encontram as vantagens na instrução da eventual e futura ação.

Como efeito **material** principal, no caso do acatamento, tem-se a superação do problema, propiciando a sempre almejada pacificação social com uma maior brevidade. Igualmente, promove o diálogo, abrindo caminho para outras ferramentas de tutela de interesses difusos e coletivos como o Termo de Ajustamento de Conduta (que é o acordo entre o Ministério Público e o destinatário daquela, estabelecendo prazos, condições e consequências para a adequação do problema), deixando ao Poder Judiciário apenas a avaliação do descumprimento ou outras consequências (como a sancionatória).

Extrai-se essa utilidade material do estudo de Gregório Assagra de Almeida, no

---

demandista e o resolutivo. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados. O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social. Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas consequências o princípio da autonomia funcional com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo. Portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. [...] Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve: “[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; (...); buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)”. O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais” (2016).

sentido de que a recomendação, apesar de não vincular a atuação do Poder Público, “pode servir para a reflexão do administrador, do legislador, dos agentes públicos a quem ela se dirige e, com isso, contribuir para a proteção em abstrato e a efetivação em concreto de direitos constitucionais, especialmente os de dimensão coletiva” (2008).

De igual forma, Ximena Cardozo Ferreira ao tratar dos proveitos das Recomendações Administrativas para a implementação de políticas ambientais:

Destaca-se o instrumento no exercício da função política da Instituição ministerial, possuindo eficácia solucionadora dos conflitos em expressiva parte dos casos postos à sua apreciação. De fato, através da expedição de recomendação, tem o Ministério Público a possibilidade de corrigir condutas de forma a evitar a produção de danos ou mitigar os já causados.

No âmbito das políticas públicas, de forma muito especial, a atuação Ministério Público por meio desse mecanismo abre espaço ao cumprimento espontâneo (mas *incentivado*, digamos assim), pelo responsável, dos deveres alusivos à concretização dos direitos e garantias expressos na Ordem *Socioambiental* Constitucional (2008, p. 261).

Dentre as vantagens **processuais**, pode-se, de início, incluir a eventualidade de celebração de um acordo, dispensando a fase cognitiva (economia processual), passando-se diretamente à execução do pacto, acaso não haja o seu cumprimento espontâneo.

A Recomendação também se demonstrará útil para a instrução de uma futura demanda judicial, na medida em que o não acatamento de seu teor fixará documentalmente a pretensão resistida (delineando o interesse de agir). Afinal, como discorre Humberto Lima de Lucena Filho:

Em que pese a constatação de uma violação, para que o litígio seja caracterizado é imprescindível a presença da pretensão resistida, isto é, a demonstração expressa ou tácita de que o interesse das partes é contraposto e incompatível. A negativa da composição é que configura o litígio (2012, p. 50).

A não aceitação da Recomendação Administrativa, ainda em termos processuais (pois, como dito, promove a documentação que influenciará na formação do convencimento do julgador), fortalece os fundamentos de eventuais cautelares (perigo na demora), já que oficializou a intenção de prosseguimento na irregularidade acenada.

Por tal razão, o Conselho Nacional do Ministério Público a conceituou como um **“instrumento de prevenção de responsabilidades** ou correção de condutas” (artigo 1º da Resolução N.º 164/2017).

Neste contexto, ela elide a presunção de boa-fé do seu destinatário (que, devidamente alertado de seu conteúdo, prossegue na postura inadequada, assumindo os riscos daí derivados). Neste sentido, Ximena Cardozo Ferreira compartilha o entendimento, ao lecionar que:

A cientificação operada por meio da recomendação também abrange o conhecimento da inadequação de determinada conduta (ativa ou omissiva) levada a efeito pelo destinatário: afasta-se, com isso, eventual alegação futura de boa-fé na sua atuação (2008, p.261).

Este último efeito é de **grande valia nas ações civis de responsabilidade por atos de improbidade administrativa**, sobretudo os definidos nos artigos 9º e 11 da Lei N.º 8.429/92 (enriquecimento ilícito e violação dos princípios administrativos), em razão do posicionamento jurisprudencial que exige a demonstração de dolo para o seu sancionamento.

Afinal, a Administração Pública é complexa. Ela é composta de vários órgãos que atuam sucessiva ou concomitantemente na concretização de um ato administrativo. Dentre os atributos destes está a presunção de legitimidade. Incide, ainda, o princípio da autotutela (possibilidade de revisão), reconhecido na Súmula N.º 473 do Supremo Tribunal Federal da seguinte forma: “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Deve-se admitir que, no natural andamento burocrático de uma Administração Pública, diante da complexidade de um tema e do grande número de agentes que atuam na sua feitura, é possível presumir que a autoridade administrativa ignore as irregularidades de específico ato administrativo. Exatamente por isto existe a autotutela, cujo exercício compete a este último. As recomendações do Ministério Público prestam-se a **alertar o gestor público da necessidade de exercício deste poder**.

Basta pensar nos burocráticos procedimentos licitatórios, na hipótese de ter sido

escolhida uma modalidade diversa da imposta pela lei (concorrência, tomada de preços, carta convite, pregão etc.) ou adotado o tipo não recomendado (menor preço, melhor técnica ou técnica e preço). Acaso a autoridade seja cientificada da ilegalidade e, ainda assim, ignore o alerta, assume os riscos de sua conduta (descumprindo conscientemente dever de autotutela), consubstanciando a prova do dolo exigido pelos Tribunais Superiores. No mesmo exemplo, se ajuizada a demanda sancionatória sem a atuação recomendatória prévia do Ministério Público, as chances do reconhecimento do ato ímprobo seriam reduzidas.

Este efeito também ocorre no que se refere aos ilícitos criminais correlatos: “as recomendações não tem a mesma natureza das decisões judiciais, mas colocam o recomendado, isto é, o órgão ou entidade que as recebe, em posição de inegável ciência da ilegalidade de seu procedimento. Entregues as recomendações, prosseguindo o recomendado em sua atividade ou obra, caracteriza-se seu comportamento doloso, com reflexos no campo do Direito Penal ambiental” (MACHADO, 2005 p. 362-362,).

Neste contexto, as recomendações podem ser utilizadas para corrigir negociações públicas equivocadas (com defeitos formais na licitação ou sua dispensa, por exemplo), propiciando a convalidação em prol do interesse público. Também servirá para estimular a Administração Pública a exercer a autotutela sobre seus atos e negócios, revendo os inconvenientes e anulando os ilegais, sem necessidade de uma Ação Civil Pública anulatória ou cautelar. O interesse público será melhor atendido nestes casos pela imediata solução do problema, com a remoção do ilícito, deixando a punição do administrador para outro e eventual momento (um aspecto secundário da atuação a depender do caso concreto).

De outro lado, as Recomendações Administrativas poderão ainda **acautelar danos em negociações privadas** (como no caso do Direito do Consumidor – contratos de adesão), apontando como abusiva determinada prática e sugerindo sua regularização. Isto tutelar de plano o interesse transindividual envolvido e minorará o ajuizamento de diversas ações individuais. Em sintonia com esta visão, transcreve-se a conclusão de Sartori e Bialle:

A prática vem demonstrando que, quando emitidas dentro de limites de razoabilidade e bom-senso, as Recomendações são, em regra, atendidas, evitando-se o ajuizamento de ações. Ademais, possui a Recomendação função de pacificação social, informalidade e propedêutica de sua ação (2016, p. 364).

Afora os aspectos acima destacados, Raul de Mello Franco Júnior colaciona vários efeitos positivos do uso das Recomendações Administrativas:

- a) condiciona comportamentos jurídicos, influenciando na tomada de decisões;
- b) tem um caráter psicologicamente conformador e influi nos mecanismos psicológicos de escolha, sem tolher a liberdade decisória do destinatário;
- c) gera o referido dever de pronunciamento do destinatário (a nossa lei prevê a possibilidade de exigir dele uma resposta escrita);
- d) quando acatada, pode ser útil como elemento atenuador de certas responsabilidades ou repercutir na esfera jurídica de terceiros (nomeadamente nos casos que envolvem direitos supraindividuais);
- e) quando não acatada, pode servir de elemento demarcador da responsabilidade civil e criminal e não empece que os fatos venham a constituir objeto de outras medidas;
- f) no campo interno, as recomendações vinculam o próprio Ministério Público.

Afora estes, Raul de Mello ainda elenca diversos outros efeitos benéficos ao próprio Ministério Público na utilização das recomendações, especialmente quando requisitada a sua divulgação adequada e imediata (como permite a lei orgânica nacional e a resolução específica do CNMP) traz outros inegáveis benefícios institucionais:

- a) revela aos cidadãos o nível de zelo institucional pelos direitos e interesses da comunidade, com atos vocacionados, em primeiro momento, à orientação e à presunção de boa-fé, repelindo a ideia de que o intuito da instituição é exclusivamente repressivo;
- b) desperta no meio social a atenção para questões que passam anônimas por parte daqueles que não militam na área jurídica e que são, muitas vezes, reveladoras da forma como está sendo gerido o interesse público;
- c) permite que atos ou fatos correlatos ao objeto da recomendação venham à tona, desvendando detalhes que poderiam não ser conhecidos ou alcançados pela investigação ministerial;
- d) mobiliza as forças de pressão popular alavancadas pelos veículos de comunicação. Medidas que podem assumir grandes proporções são prontamente encaradas como sinais evidentes de perigo para a

desestabilização de certos grupos ou interesses estatais e, muitas vezes, fecundam soluções céleres em prol do interesse público; e) a simples expedição e publicidade da recomendação produzem, por si só, efeitos pedagógicos (2010).

Impossível, então, concluir diferente de Ricardo Gralha Massia, para quem, a propositura de ações judiciais para o exercício da tutela coletiva, apesar de solução preferida por alguns, merece ser subsidiária às demais formas de defesa dos interesses coletivos, reservado-se às hipóteses em que as vias administrativas sejam inviáveis ou já tenham sido esgotadas (MASSIA, 2011, p.31-32). Em total sintonia com este posicionamento, a recentíssima Resolução N.º 164/2017 do CNMP dispõe que, “sendo cabível a recomendação, esta deve ser manejada anterior e preferencialmente à ação judicial”.

Assim, a Recomendação Administrativa deve ser encarada como um instrumento prévio ao processo, evitando-o ou de reconhecida utilidade para a sua instrução.

## CONCLUSÕES

O Direito e o Processo existem para servir ao homem em sua convivência social, na batalha contra a entropia (tendência natural de desordem). Ambos compõem as facetas estática e dinâmica do ordenamento, como instrumentos de busca da Justiça, aqui compreendida como o que mais se aproxima do Direito Natural (ou *direito intrinsecamente válido*). Feita a opção política pelo regime democrático através da Constituição, os ideais a ele correlatos devem ser interpretados como do povo e vetores da aplicação de todo o ordenamento.

O princípio democrático esta mais atrelado à *igualdade* (ausência de hierarquias) do que à *representatividade* (escolha da maioria), devendo se atentar e respeitar o interesse de minorias e a forma republicana de governo. Logo, a democracia pressupõe acesso à informação (verdadeira), liberdade de pensamento e de expressão, consciência das dimensões individual e social, livre debate como forma de proporcionar maior participação, alternância nos governantes, supressão das desigualdades materiais dentre outros.

Neste contexto, o Ministério Público defende todos aqueles ideais em que se baseia a democracia. Utiliza-se para tanto dos instrumentos que lhes foram disponibilizados pelos legisladores (eleitos pelo povo). Também promove a fiscalização dos governantes e a apuração de violações de direitos ou interesses, recebendo reclamações e denúncias de qualquer indivíduo (e não apenas de cidadãos – assim considerados aqueles com direitos políticos).

O *Parquet*, ainda, fomenta o debate sobre determinadas políticas públicas, através de audiências públicas e reuniões, promove ações coletivas que ampliam o acesso à Justiça até comunidades despersonalizadas, além de diversas medidas de amparo a indivíduos em vulnerabilidade social. Revela-se, pois, como um canal de participação e fiscalização democrática, com inspiração na figura do *Ombudsman* do direito estrangeiro.

Justamente com esta inspiração é que o Ministério Público Brasileiro foi eleito pelo constituinte de 1988 para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da Carta Maior),

concedendo-lhe garantias e impondo-lhe vedações para que seus membros exerçam com maior independência esta missão. Assim como ocorre no Poder Judiciário, o ingresso na carreira se faz mediante concurso público e não por eleição. Esta circunstância não lhe retira a conotação democrática, que não se pode resumir em mera representatividade baseada em eleições, devendo se ponderar a respeito de sua atuação para o reconhecimento de tal adjetivo.

O concurso público de provas e títulos, aliás, é uma maneira democrática de recrutamento, possibilitando a seleção de indivíduos de diversos segmentos da sociedade, o que lhe reforça o aspecto democrático.

Não bastasse isto, toda a atuação ministerial encontra-se sob a fiscalização do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), formado por conselheiros com mandato de dois anos, nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado (artigo 130-A da Constituição Federal). Ou seja, o *Parquet* fiscaliza e é fiscalizado por órgãos políticos. Essa reciprocidade é típica de sociedades com bases democráticas.

Os interesses transindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos) partem de uma premissa democrática, baseada na redução das desigualdades e ampliação do acesso à Justiça (segunda e terceira ondas de Garth e Capelletti). Eles foram percebidos com a natural evolução da sociedade, extrapolando-se a ótica individual para uma intermediária (nem pública e nem privada).

Os interesses coletivos em sentido amplo podem confrontar-se, razão pela qual é importante a legitimidade disjuntiva e concorrente para a sua tutela, possibilitando que cada legitimado promova a defesa de uma destas perspectivas. Da mesma forma, eles não se confundem com interesses públicos ou sociais, podendo até mesmo contrariá-los em algumas hipóteses.

Como decorrência dos interesses massificados, foi necessário o aprimoramento das técnicas de tutela (concebidas sob uma ótica individual), readequando-as ao viés coletivo. Nesta tarefa, houve inspiração nas *Class Actions* do direito norte-americano e do efeito carona (ou *free riding*) nelas embutido (pelo qual, aquele que não despendeu qualquer esforço na causa, dela sequer participando, também é agraciado por seu resultado).

O Brasil passou a adotar um sistema híbrido de tutela coletiva, que se distingue do norte-americano, taxado de privado. Aqui, atribui-se legitimidade para entes estatais ou associações civis promoverem a tutela coletiva como forma de superar a inércia estimulada pelo efeito carona. Dentre estas entidades públicas, encontra-se o Ministério Público.

O Ministério Público apresenta, então, legitimidade constitucional e infraconstitucional para tutelar interesses metaindividuais, dispondo para tanto de instrumentos judiciais (como a Ação Civil Pública, a Ação de Improbidade etc.) e extrajudiciais (como as audiências públicas, os termos de ajustamento de conduta e as Recomendações Administrativas).

Em especial, as Recomendações Administrativas são valiosos meios de solução consensual de conflitos relacionados a bens metaindividuais, encontrando-se previstas na Lei Complementar N.º 75/93 (art. 6º, XX) e Lei Federal N.º 8.625 (artigo 27, parágrafo único, IV), bem como nas legislações específicas de cada Estado. Pode-se defini-las como um expediente de atuação eminentemente externa, voltado à exortação, ao conselho, à orientação, ao apontamento de como proceder, sem vinculação de seu conteúdo, mas indicando as prováveis consequências do não acatamento. Elas são expedidas pelos representantes do *Parquet*, buscando a melhoria dos serviços públicos ou de relevância pública e o atendimento de outros interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. Podem ser dirigidas a qualquer um (pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas), inclusive a entes despersonalizados (como a Câmara Municipal ou Secretarias e Ministérios dentro da Administração Pública). Abrangem qualquer atividade, classificando-se em preventivas ou repressivas, conforme pretendam evitar ou remover um ilícito. Sua oficialidade impõe a forma escrita, com exposição fundamentada dos fatos, do direito e providências que se pretende. Não está vinculada à prévia instauração de qualquer investigação administrativa, podendo se encaminhada de forma avulsa, notadamente em casos preventivos.

Melhor seria defini-las como “**Notificações Recomendatórias**”, para afastá-las da falsa impressão de mero aconselhamento. Ademais, o termo notificação melhor traduz a sua oficialidade e a necessária adoção de uma postura mínima do destinatário, que é instado a apresentar uma resposta escrita sob as consequências ali

veiculadas.

Elas devem ser compreendidas como meios alternativos ao processo jurisdicional, de forma que não se as deve utilizar em casos em que o destinatário pode optar pelo descumprimento sem a conseqüente demanda (como em casos de discricionariedade pura). Nestas hipóteses, é possível ao representante do Ministério Público encaminhar sugestões, mas deve-se optar por um ofício recomendatório para não banalizar o instrumento em estudo. Em outras palavras, as *notificações recomendatórias* não podem veicular meros palpites ou sugestões, sob pena de comprometer a sua receptividade. **Devem refletir o potencial conteúdo de uma eminente demanda para que sejam interpretadas não como uma ingerência e sim como uma chance de superação da infração apontada** (evitando-se o litígio).

As Recomendações Administrativas não se confundem com consultoria jurídica, que é vedada ao Ministério Público (artigo 129, inciso IX, da CF). Essa vedação é uma extensão da proibição da advocacia aos membros da instituição, sendo que **o seu espírito é o de evitar que a instituição seja utilizada como departamento jurídico das entidades públicas**, o que é incompatível com o seu caráter fiscalizatório, além de evitar o sobrecarregamento e prejudicar a sua atenção para outras demandas sociais.

A consultoria é prestada por um agente ou **profissional vinculado por lei ou contrato ao consulente**, sendo por isto obrigado a prestar tal tarefa sob pena de conseqüências (sanções administrativas ou contratuais). O parecer do consultado apenas realiza um estudo jurídico e anuncia possíveis conseqüências, sendo de mera orientação. **Pode ser ignorado pelo consulente sem qualquer reação do consultado** (que é proibido de demandar contra aquele em face do vínculo jurídico entre ambos).

A recomendação, ao reverso, é uma **notificação** (dá-se ciência de irregularidade para que o notificado pratique ou se abstenha de algum ato). O conteúdo do recomendado, de outro lado, pode vir a ser imposto pelo Ministério Público através de demanda judicial contra o destinatário. Este órgão é autônomo e independente, **não se encontrando obrigado a expedir Recomendação Administrativa** em uma determinada hipótese (podendo optar pelo acionamento judicial direto – e preventivo). A adoção deste instrumento é uma faculdade do agente ministerial, que deve ponderar

estratégias de melhor atendimento ao interesse versado, sempre evitando a banalização. Por isto, a **razoabilidade** orientará o Promotor de Justiça a respeito da sua confecção nos casos em que for procurado por gestores públicos ou outros diretamente interessados.

As Recomendações Administrativas, adotadas com esta visão mais restrita e de forma ponderada, se revelam como um excelente e democrático meio de solucionar conflitos, em alternativa à via ordinária (judicial), abrindo, ainda, caminho para outros instrumentos como os Termos de Ajustamento de Conduta. Traz, portanto, vantagens **materiais** com a prevenção de litígios e a adequação da conduta do destinatário à lei. Remove-se ou cessa a agressão a um interesse metaindividual com celeridade (ou sem a morosidade que ocorreria judicialmente).

Há também benefícios **processuais** no uso destas notificações recomendatórias, como por exemplo, no caso de resultar na celebração de um acordo, poderá este ser executado judicialmente sem a fase cognitiva.

Mesmo a negativa ao teor do documento traz utilidades processuais, vez que fixará documentalmente a pretensão resistida (delineando o interesse de agir), além de fortalecer os fundamentos para eventuais tutelas de urgência. Ainda no caso de negativa do destinatário em seu acatamento, a sua expedição prévia pode auxiliar no convencimento do julgador da existência de elemento subjetivo (dolo) em casos de improbidade administrativa (uma vez que, mesmo alertado de uma irregularidade, prosseguiu-se em sua prática), afastando a presunção de boa-fé.

Há, ainda, efeitos indiretos, como a influência psicológica no destinatário, a predisposição à negociação manifestada, a abertura do diálogo sobre o tema (que inicia-se com a resposta escrita), a divulgação para o povo do problema e suas tratativas (a lei prevê que é possível **requisitar** que o destinatário dê esta publicidade), a vinculação do emissor ao conteúdo recomendado (importando em certa segurança jurídica ao destinatário, que não poderá ser surpreendido com uma alteração de posicionamento por parte do *Parquet*) e a minoração do trauma de eventual demanda (em face da advertência nela contida).

Assim, as Recomendações Administrativas atendem muito bem os fins de pacificação social do Direito, trazendo inúmeros benefícios. Sua utilização deve ser

estimulada (sem se olvidar da razoabilidade) e amplamente divulgada, evitando-se a banalização, para que seja identificada pelos aplicadores do Direito como uma oportunidade excelente para a adequação de suas condutas às leis.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, B. R. **A teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais**. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n.25, p.305-313, 2009.

ALMEIDA, G. A. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público no neoconstitucionalismo**: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o\\_mp\\_no\\_neoconstitucionalismo1.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf)>. Acesso em 21/01/2016).

\_\_\_\_\_. Recomendação pelo Ministério Público e o autocontrole da constitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1958, 10 nov. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11950>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

ALMEIDA, P. A. C. O Novo Conceito de Democracia e o Ministério Público Refundado: O Ministério Público como agente da democracia militante. A Pec 37 e as ameaças ao Parquet refundado. Novas Posturas Resolutivas do Parquet. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, Atuação na defesa da Sociedade, N.º04, Brasília/DF, 2014. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal\\_2015/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista\\_CNMP\\_WEB4e.pdf](http://www.cnmp.gov.br/portal_2015/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista_CNMP_WEB4e.pdf)>. Acesso em 20/01/2016.

ALVES, L. B. M.; BERCLAZ, M. S. Recomendação administrativa. In: **Ministério público em ação**: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 44-66, 2015.

ANTUNES, P. B. Organização Édis Milaré. Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1998.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 22ª edição, 2001.

BARBUGIANI, F. A. S.; BELLINETTI, L. F. As Recomendações Administrativas do Ministério Público em Políticas Públicas e sua Interferência Econômica. Um Instrumento Democrático E De Justiça Social. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo, 2016, Brasília. **Anais do Encontro**. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 140-155.

BEDIN, G. A. A Doutrina Jusnaturalista ou do Direito Natural: Uma Introdução. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v.23, nº 42, p. 245-251, jul.-dez. 2014.

BELLINETTI, L. F. Ações Coletivas: um Tema a ser enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. **Revista de Processo**, nº 98. São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. **Estudos de Direito Processual Civil**, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 670-671.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança Coletivo**: Perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim.

BRAGA, R. R. **A coisa julgada nas demandas coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.

BUCHMANN, W. **O Ministério Público e seu papel fundamental na consolidação da democracia participativa.** Disponível em: <[www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses2011/Willian\\_Buchmann.doc](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses2011/Willian_Buchmann.doc)>. Acesso em 10/05/2017a.

\_\_\_\_\_. **Ministério Público, participação social e políticas públicas.** Disponível em: <[http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Ministerio\\_Publico\\_Willian.pdf](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Ministerio_Publico_Willian.pdf)>. Acesso em 10/05/2017b.

CADEMARTORI, D. M. L., CADEMARTORI, S. U. Repensando a relação entre a democracia e o princípio da maioria a partir da contribuição de Alexis de Tocqueville. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016, Brasília. **Anais do Encontro.** Florianópolis: CONPEDI, 2016. p.171-190. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/66sv2326/n3gt8dgQ87h843fo.pdf>>. Acesso em 12/02/2017.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARPENA, M. L. Os poderes do juiz no *common law*, **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.180, fev. 2010.

CARVALHO FILHO, J. S. **Ação Civil Pública:** Comentários por Artigo, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO NETO, I. **Manual de processo coletivo.** Curitiba: Juruá, 2005.

CHACPE, J. F. Análise crítica sobre o instrumento da recomendação do ministério público ao Poder Executivo Federal. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 95, p. 1-11, dez.

2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10946](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10946)>. Acesso em: 04 janeiro 2017.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª edição, 2009.

COSTA, A. R. O Ministério Público Resolutivo e a Priorização da Tutela Jurídica Preventiva: o grupo de trabalho da Copa do Mundo Fifa de 2014 da 5ª CCR/MPF. In VITORELLI, E. (Org), **Temas Aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 43-62.

COSTA, J. A. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

D'AGOSTINO. R. Rompimento de barragens em Mariana: perguntas e respostas. **G1-Globo.com**, São Paulo, 13 nov.2015. Ciência e Saúde. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/11/rompimento-de-barragens-em-mariana-perguntas-e-respostas.html>>. Acesso em 15/01/2017.

D' ANGELO, E.; D'ANGELO, S. **O princípio da probidade e a atuação do Ministério Público**. Campinas: LZN Editora. 2003.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I, 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas, 15ª Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público como Instituição Essencial à Justiça. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 03-9.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

FERREIRA, X. C. A atuação do Ministério Público para a implementação de políticas públicas da área ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 51, p. 249-267, 2008.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Ed. Atlas, 4ª Ed., 2003.

FRANCO JÚNIOR, R. M. A importância do instituto da recomendação na tutela do patrimônio público e social. In: I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2010, São Paulo. **Livro de Teses**, 2010. Disponível no site: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses>>. Acesso em 04/01/2016).

FREIRE, C. J. M. M. O Papel Democrático do Ministério Público no Processo Coletivo: o Ministério Público como Garantia Institucional do Cidadão na Democratização do Acesso à Justiça. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v.1, n. 6, p. 129-256, 2012.

GIDI, A. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, L. R. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003.

GOMES, M. E. A. C. A instituição do ombudsman. Capítulo do Livro: **Do tribuno da plebe ao ouvidor público**: estudo sobre os defensores de direitos da cidadania João Pessoa, Ed. UFPB, 2011. 240 p (no prelo). Organização de Rubens Pinto Lyra.

GOMES, S. A. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à construção do Estado democrático de Direito.** 1ª ed.(ano 2008), 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

GOYARD-FABRE, S. **O que é Democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes:2003. Tradução de: Qu'est-ce que la DÉMOCRATIE? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine.

GRINOVER, A. P. **Os processo coletivos nos países de civil law e common law:** uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Hermeneutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia entre facticidade e validade.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997.v.1.

\_\_\_\_\_, J. **Direito e Democracia entre facticidade e validade.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2003.v.2.

LIMA, T. A. G. **Tutela Constitucional do Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013.

LUCENA FILHO, H. L. A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Sistema Jurídico e Direitos**

fundamentais Individuais e Coletivos. 56 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 21, p. 34-64.

MACHADO, P A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 13ª ed., 2005.

MACHADO SEGUNDO, H. B. Notas sobre democracia, liberdade e igualdade. **Diálogo Jurídico**, v. 7, p. 9-28, 2008

MANCUSO. R. C. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente do patrimonio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)**. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Ação Popular: Proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria das Ações Coletivas**. 03ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). **Processos Coletivos**. Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 01 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/19-volume-1-numero-2-trimestre-01-01-2010-a-31-03-2010/93-a-resolucao-dos-conflitos-e-a-funcao-judicial-no-contemporaneo-estado-de-direito-nota-introductoria>>.- Acesso em: 07-Mar-2017.

MARTINS JÚNIOR, W. P. **Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa**. Boletim Informativo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 03, p. 03-05, 1996.

\_\_\_\_\_. Ministério Público, democracia e eficiência da atuação. In: **XXX Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos da Associação Paulista do Ministério Público**, 2002, Guarujá, 2002. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/zbxz58.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

MASSIA, R. G. A MISSÃO Constitucional do Ministério Público Federal e sua Efetivação no Quotidiano. In VITORELLI, E. (Org), **Temas Aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p.19-41.

MAZZILLI, H. N. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses**. 25ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, O Ministério Público e a defesa do regime democrático. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p. 65-73, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_, **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, E. **Ação civil pública: lei 7.347/1985**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NAZIMA, R. H. Critérios para Diferenciação dos Interesses ou Direitos Transindividuais. **Âmbito Jurídico**, v. 123, 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14625&revista\\_caderno=10](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14625&revista_caderno=10)>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARISE, E. M. et al. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. In **Boletim informativo MPMG Jurídico**. Belo Horizonte: edição 001, set. 2005, p. 16-18.

RODRIGUES, G. A. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, M.C. O controle social e jurídico das deficiências do saneamento básico em tempos de crise hídrica e surto de dengue, zika e chikungunya. Um ato revolucionário?. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 3, Nº 5. p.297-327, dez. 2016.

SALLES, C. A de. A Proteção Judicial de Interesses Difusos e Coletivos: Funções e Significados. In **Processo civil e interesse coletivo**. São Paulo, RT, p.131-145, 2003.

SARTORI, G. **A Teoria da democracia revisitada: 1** O debate contemporâneo, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, 1994. Tradução de: The theory of democracy revisited.

SARTORI, R. R. V.; BIALLE, L. O Instituto da Recomendação. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 3, Nº 5. p.329-371, dez. 2016.

SILVA, D.P. **Vocabulário Jurídico**, Volume IV. 2ª Ed. Rio – São Paulo: Editora Forense, 1967.

WATANABE, K. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. L. e MORAES, M. Z. (Coord.), **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.