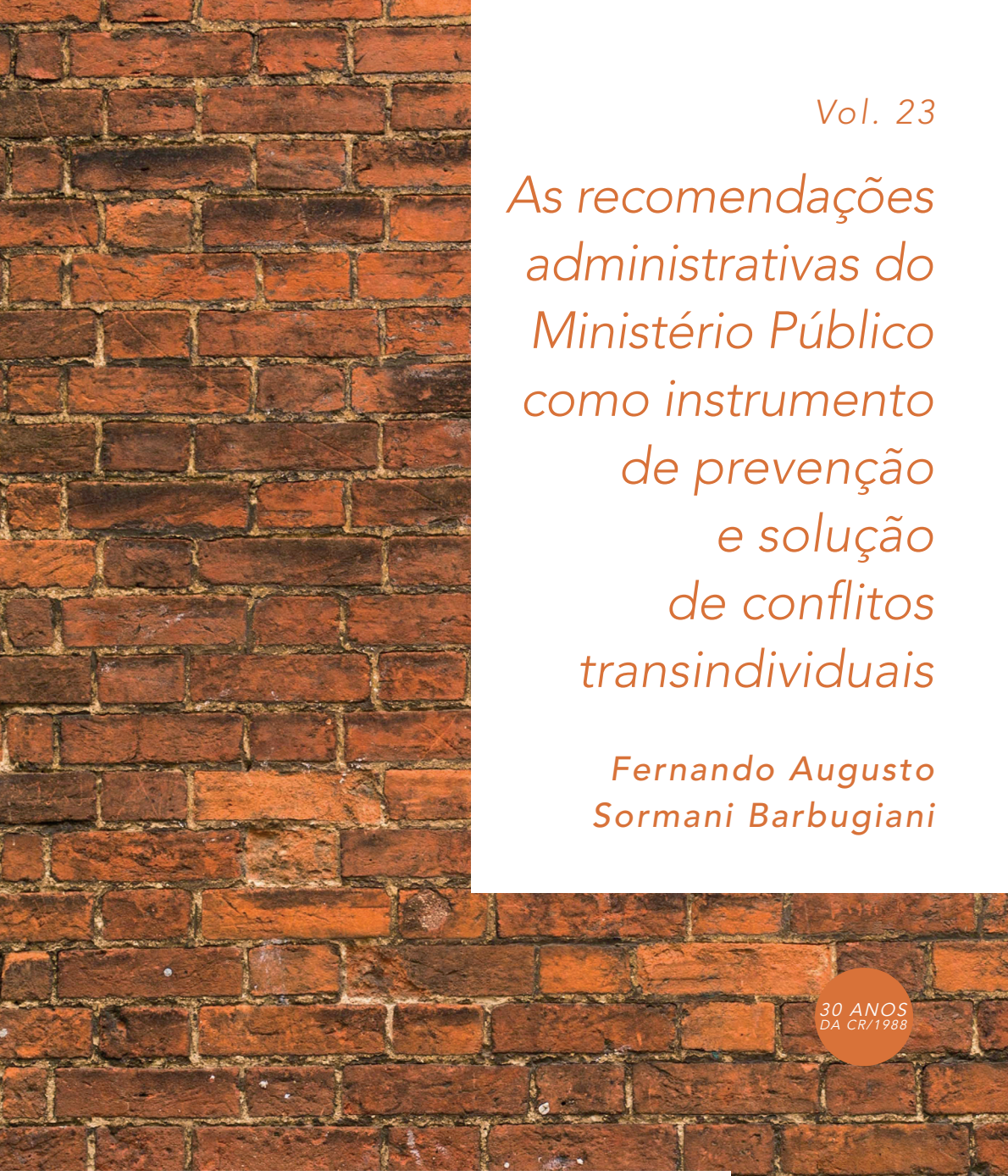

Vol. 23

As recomendações administrativas do Ministério Público como instrumento de prevenção e solução de conflitos transindividuais

Fernando Augusto Sormani Barbugiani

30 ANOS DA CR/1988

Coleção
Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise

Coordenador:
Gregório Assagra de Almeida

editora D'PLÁCIDO

As recomendações administrativas do Ministério Público como instrumento de prevenção e solução de conflitos transindividuais

Vol. 23

As recomendações administrativas do Ministério Público como instrumento de prevenção e solução de conflitos transindividuais

Fernando Augusto Sormani Barbugiani

Coleção
Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise

Coordenador:
Gregório Assagra de Almeida

editora D'PLÁCIDO

Copyright © 2019, D'Plácido Editora.
Copyright © 2019, Fernando Augusto Sormani Barbugiani

Editor Chefe
Plácido Arraes

Editor
Tales Leon de Marco

Produtora Editorial
Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico
Enzo Zaqueu Prates
Nathalia Torres
Imagem por Kristina Kashtanova via Unsplash

Diagramação
Nathalia Torres

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani.
As recomendações administrativas do Ministério Público como instrumento de prevenção e solução de conflitos transindividuais - Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise - Coordenação: Gregório Assagra de Almeida - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

124 p.

ISBN: 978-65-80444-34-2

1. Direito. 2. Direito Administrativo. I. Título.

CDD 340 CDU 340

NOTAS DO COORDENADOR DA COLEÇÃO

Esta Coleção, que é Comemorativa dos 30 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reúne obras inéditas e importantes que abordam temáticas relacionadas com o Acesso à Justiça e os Direitos Fundamentais no Estado Constitucional de Direito em Crise.

O presente livro, **As Recomendações Administrativas do Ministério Público como Instrumento de Prevenção e Solução dos Conflitos Transindividuais**, foi escrito pelo atuante Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Fernando Augusto Sormani Barbugiani.

A obra é a versão comercial da dissertação de mestrado do autor, aprovada com distinção e recomendação para publicação perante o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

Fernando Sormani discorre em seu livro sobre direito e processo e o enquadramento das recomendações administrativas, analisa a democracia e o Ministério Público, aborda os interesses transindividuais e a tutela coletiva, finalizando sua importante pesquisa com o rico estudo sobre as recomendações administrativas e o Ministério Público.

Para o autor, o Ministério Público possui legitimidade constitucional e infraconstitucional para tutelar interesses transindividuais e as recomendações administrativas constituem-se em valiosos meios de solução consensual de conflitos relacionados a bens transindividuais, podendo assumir função preventiva ou repressiva, especialmente visando a melhoria dos serviços públicos ou de relevância pública e o atendimento de outros interesses, direitos e bens cuja defesa é da atribuição desta importante Instituição constitucional. Esclarece o autor que as recomendações administrativas podem ser dirigidas a quaisquer pessoas (físicas, jurídicas, públicas ou privadas), inclusive a entes despersonalizados; contudo, esses mecanismos: *(…) 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 ins- tituição, 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 scalizatório, além de evitar o sobrecarre- gamento e prejudicar a sua atenção para outras demandas sociais.

Gregório Assagra de Almeida
Coordenador e Organizador da Coleção

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1. DIREITO E PROCESSO E O ENQUADRAMENTO DAS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS 13
1.1. Do Direito 13
1.2. Do Processo 17

2. A DEMOCRACIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO 21
2.1. A concepção de democracia e a sua evolução 22
2.2. O Ministério Público como um ente democrático 30

3. OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS 39
3.1. Direitos ou interesses 39
3.2. Conceito de interesses transindividuais 41
3.2.1. Melhor terminologia para os interesses coletivos em sentido amplo 42
3.2.2. Categorias de interesses coletivos 43
3.3. A plurilateralidade (um fato originando diversos interesses). As correntes doutrinárias para a identificação desses interesses coletivos no caso concreto 46
3.4. Interesse Público e Social. Diferenças para com os interesses coletivos 48
3.5. Possibilidade de confronto de interesses coletivos entre si e deles com os interesses públicos 49

4. A TUTELA COLETIVA 51
4.1. A tutela coletiva como democratização do acesso à justiça 51

4.2. A tutela coletiva no Direito brasileiro 54
4.3. Os instrumentos de tutela coletiva e o Ministério Público 56
4.3.1. Instrumentos judiciais 56
4.3.2. Instrumentos administrativos 60
4.3.2.1. O Inquérito civil e demais investigações administrativas 61
4.3.2.2. Audiências públicas e reuniões 62
4.3.2.3. Termos de Ajustamento de Conduta 63
4.3.2.4. Recomendações Administrativas 64

5. AS RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO 65
5.1. Conceito 65
5.1.1. Dos sujeitos (aspecto subjetivo) 71
5.1.2. Dos objetos (aspecto objetivo). Bens jurídicos tutelados. Providências e atividades alvo 76
5.1.3. Aspecto formal 79
5.1.4. Efeitos 88
5.2. As Recomendações Administrativas e a vedação constitucional da consultoria jurídica pelo Ministério Público 91
5.2.1. As vedações constitucionais a determinadas atividades como forma de garantir isenção e imparcialidade pelos membros do Ministério Público 91
5.2.2. Diferenças entre o ato de Recomendar Administrativamente e as Consultorias Jurídicas. Razoabilidade e Proporcionalidade na atuação 93
5.3. As Recomendações como meio adequado de solução de conflitos transindividuais 97
5.3.1. As Recomendações Administrativas como alternativa ao ajuizamento de ações. Inadequação para hipóteses de discricionariedade do destinatário 97
5.3.2. As vantagens do uso das Recomendações Administrativas 103

CONCLUSÕES 111

BIBLIOGRAFIA 117

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[1] que permeiam a nova roupagem do Ministério Publico 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

[1] Que se identifica com a atribuição *OMBUDSMAN*.

nova categoria de interesses que pertencem a todos e ao mesmo tempo a ninguém, denominados de transindividuais. 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, afora 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.

A presente obra aborda as vantagens resolutivas da difusão do uso das Recomendações Administrativas pelo Ministério Público para a satisfação de interesses transindividuais. Para isto, o autor enfrenta a atual dificuldade de compreensão do sentido de Democracia e o papel desta instituição nela. Também se debruça sobre conceitos tradicionais como Direito e Processo, interesses Coletivos e os instrumentos para sua tutela em juízo e fora dele, sempre sob uma ótica inovadora, tornando o estudo de grande valia para todos os aplicadores e estudantes do Direito.

editora D'PLÁCIDO

ISBN 978-65-80444-34-2
9 786580 444342