

A RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROVOCAÇÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE STATE PROSECUTION SERVICE'S RECOMMENDATION AS
AN INSTRUMENT TO PROVOKE A PREVENTIVE CONTROL OF
CONSTITUTIONALITY

Eduardo Loula Novais de Paula

*Analista Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia
Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas pela Universidade
Salvador*

RESUMO: Este artigo busca analisar a possibilidade de o Ministério Público adotar novos comportamentos diante de um projeto de lei inconstitucional ou ilegal. Nesse sentido, em conformidade com a necessidade de se privilegiar uma atuação extrajudicial e resolutive, afinada com os ditames constitucionais, se analisará a possibilidade de se conceder uma nova função para o instrumento extrajudicial da recomendação administrativa ministerial, à luz dos novos paradigmas do Ministério Público, que exigem uma instituição cada vez mais voltada para a resolução extrajudicial dos conflitos da sociedade pós-moderna. A metodologia seguida ao longo do presente artigo foi qualitativa, baseada no levantamento bibliográfico sobre o tema e a pesquisa descritiva e teórica, haja vista tratar-se de pesquisa eminentemente jurídica, com o fim de interpretar os fatos e as normas jurídicas que regem a temática doravante analisada e, partindo do posicionamento doutrinário e normativo existente, defender uma nova função para institutos consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Recomendação. Controle preventivo de constitucionalidade.

ABSTRACT: This article intends to analyze the possibility of the State Prosecution Service to adopt new behaviors in the face of an unconstitutional or illegal draft law. In this regard, in accordance with the need to favor an extrajudicial and resolute performance, in line with the constitutional standards, the possibility of granting a new role for the extrajudicial instrument in accordance with the recommendation of the State Prosecution Service. Therefore, in the light of the State Prosecution Service's new paradigms, which require an institution that is increasingly focused on the out-of-court settlements for the post-modern society conflicts. The methodology followed throughout the present article was qualitative, based on the bibliographical survey about the subject and on a descriptive and theoretical research, since it is a question of legal research, in order to interpret the facts and the legal norm that rule this paper, and also based on the existing doctrinal and normative position, this article intends to defend a new function for established institutes in Brazil's legal order.

KEYWORDS: State Prosecution Service. Recommendation. Preventive control of constitutionality. New function.

Enviado em: 28-2-2018

Aceito em: 13-4-2018

1 INTRODUÇÃO

Dentre os novos paradigmas do Ministério Público que decorrem do novo perfil constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988, destaca-se a necessidade de se privilegiar o modelo resolutivo de controvérsias, em detrimento do modelo demandista, que deverá, cada vez mais, ser utilizado somente de forma subsidiária, apenas quando a judicialização for imperiosa. Há diversas razões pelas quais é mais vantajosa para os atores jurídicos a utilização do modelo resolutivo, conforme será analisado no decorrer deste artigo.

Em obediência a esse novo paradigma, surge para o Ministério Público a possibilidade de atuação resolutiva em determinadas matérias que antes ficavam relegadas apenas à atuação do Poder Judiciário, que, como é cediço, cada dia está mais assoberbado, devido à grande demanda que recebe diariamente, dificultando o cumprimento do direito constitucional à duração razoável do processo¹.

Neste artigo, será analisado esse novo perfil constitucional do Ministério Público, bem como os novos paradigmas que impõem uma mudança de mentalidade dos seus membros e servidores, para então destacar uma das diversas possibilidades de atuação resolutiva do Ministério Público, medida que trará diversos benefícios para os atores jurídicos, em especial ao Ministério Público – que terá a oportunidade de “cortar o mal pela raiz” –, ao Poder Judiciário – que poderá ser beneficiado com a diminuição da sua demanda, concentrando sua energia em outros processos de igual ou maior relevância – e à sociedade – que, a depender da solução conferida ao caso, não precisará recorrer ao Poder Judiciário para obter seus direitos.

Nesse sentido, indaga-se: como conciliar o controle preventivo de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro? Esse é o problema que será desenvolvido no decorrer deste artigo, buscando traçar sólidos argumentos para defender uma nova função para o instrumento da recomendação administrativa.

A escolha do tema é justificada pela relevância jurídica, na medida em que seu delineamento não se encontra positivado na legislação, dependendo de construção jurídica calcada na análise das normas constitucionais e infraconstitucionais, à luz dos novos paradigmas impostos pela Carta Magna de 1988.

¹ Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

O tema possui, também, relevância prática, na medida em que a construção almejada neste artigo possibilitará ao Ministério Público a utilização da recomendação para outra finalidade de vital importância para o Direito Constitucional e para a sociedade, ocasionando a otimização do controle de constitucionalidade.

Ainda assim, o tema possui relevância social, já que o uso da recomendação para o fim colimado neste artigo representará maior celeridade na proteção da ordem jurídica e, conseqüentemente, na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos.

O objetivo geral do tema é defender a utilização da recomendação administrativa para provocação do controle preventivo de constitucionalidade. São objetivos específicos analisar o novo perfil constitucional do Ministério Público, descrever o desenvolvimento doutrinário da recomendação administrativa e do controle preventivo de constitucionalidade e analisar a compatibilidade jurídica entre ambos os institutos.

2 NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO²

Não obstante a relevância da Lei n. 7.347/1985 para o Ministério Público brasileiro, principalmente para a tutela de direitos transindividuais, a Constituição Republicana de 1988 elevou o Ministério Público a um patamar inédito. Se, no período anterior, a atuação do *Parquet* se restringia quase que exclusivamente à esfera penal, como promotor da ação penal pública, a Carta Magna conferiu-lhe novas atribuições³.

Decorre de tais atribuições constitucionais, por exemplo, a possibilidade de o Ministério Público promover audiências públicas, celebrar compromissos de ajustamento de conduta, além de recomendações dirigidas aos órgãos públicos, sem caráter vinculativo, podendo requisitar ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, bem como resposta por escrito, consoante art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.⁴

Tais atribuições são o resultado do reconhecimento da grande importância desta Instituição para o amadurecimento da democracia e o desenvolvimento da

² Do segundo até o quinto tópico está inserido o referencial teórico do presente artigo.

³ Conforme o art. 129 da Constituição Federal de 1988.

⁴ Sobre a natureza jurídica da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, conferir em: Mazzilli (2015a, p. 172-173).

cidadania. Todavia, o avanço na constitucionalização do acesso à justiça, proporcionado pela Constituição Federal, trouxe consigo novos problemas, dentre os quais consta a sobrecarga do Poder Judiciário. Houve um aumento exponencial da judicialização, ocasionada por diversos fatores, alguns deles citados por Luís Roberto Barroso:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. (BARROSO, 2015, p. 421).

Essa nova realidade tem prejudicado a prestação jurisdicional adequada, fato que impõe a todos aqueles que lidam com a Justiça um esforço na busca de encontrar novas alternativas para a solução desse grave problema. Nesse sentido, conforme será visto no próximo tópico, ganha força na doutrina o fomento ao modelo resolutivo de controvérsias, que possui diversas vantagens sobre o modelo demandista.

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15)⁵ sinaliza a preocupação do legislador em resolver tais problemas, na medida em que privilegia os métodos de autocomposição, cabendo à doutrina o papel de incentivar a assunção de novas responsabilidades por parte dos que lidam com a Justiça. Em relação ao Ministério Público, discorre Hermes Zanetti Jr:

Nesse quadro normativo é preciso ao Ministério Público uma reflexão sobre sua verdadeira vocação, servindo-se de análises críticas da ciência política e da sociologia, ao lado da análise dogmática. A doutrina já despertou para a análise sociológica e política do Ministério Público. Temas como: a participação ativa do MP no desenvolvimento da legislação; o aproveitamento pelo MP do momento de redemocratização e das ondas renovatórias do movimento mundial pelo acesso à justiça; a ligação teórica entre promotores de justiça e a defesa dos direitos difusos e coletivos como principal bandeira reformadora do MP na área cível; o afastamento gradativo do Poder Executivo; a alegação pelo MP da indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos ao lado da hipossuficiência organizativa da sociedade para defender esses direitos; foram considerados elementos da formação política do MP brasileiro pós-Constituição de 1988, identificando sua atividade com graus de “voluntarismo político” por parte da classe. (ZANETTI JUNIOR, 2015, p. 53).

⁵ A Lei n. 13.105/2015 entrou em vigor em março de 2016, conforme seu art. 1.045.

Nesse panorama, o novo perfil constitucional do *Parquet* impõe aos seus membros e servidores o dever de assumirem o papel de agentes de transformação social, que privilegia a atuação como intermediadores dos conflitos sociais, fomentando uma cultura de solução autocompositiva dos conflitos, preventiva, extrajudicial, baseada no consenso. Sobre o tema, observa-se, *in verbis*:

Se antes da Constituição de 1988 o Ministério Público tinha uma atuação voltada, quase que exclusivamente, ao Poder Judiciário, o quadro posterior à Carta da República exige da instituição voos muito maiores, ou seja, atuação ampla e abrangente dentro da ideia de Justiça não como estrutura limitada e relacionada ao Poder Judiciário, mas como valor a ser buscado em favor da sociedade civil, o que inclui a tomada de providência e adoção de expedientes relacionados à esfera extrajudicial ou administrativa. (ALVES; BERCLAZ, 2014, p. 31).

Na verdade, como afirmado alhures, esse novo perfil constitucional do Ministério Público foi inaugurado com a Constituição Federal de 1988, conforme se pode extrair do art. 129, incisos II, VI e IX da Carta Magna. O seu inciso II dispõe acerca da atuação do *Parquet* como *ombudsman*, ou seja, defensor do povo, responsável por zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Conforme lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Na Constituinte, por influência estrangeira (como o *ombudsman* escandinavo), chegou-se a cogitar da criação de um ouvidor ou um defensor do povo em nosso país. Entretanto, um Ministério Público forte e independente dispensa tal órgão à parte, que, mesmo nos países onde foi criado, tem funções apenas investigatórias, enquanto nosso Ministério Público, além de seu poder investigatório, tem a função de levar às barras dos Tribunais os responsáveis pelas violações. (MAZZILLI, 2015a, p. 140).

Obviamente que a função de *ombudsman* deve ser exercida tanto no âmbito extrajudicial quanto na esfera judicial, na esteira do que explica Wallace Paiva Martins Júnior:

Sem prejuízo do exercício do direito de ação, o Ministério Público exerce controle sobre órgãos e entidades da Administração Pública (direta ou indireta) por vários instrumentos concentrados na expressão “defensor do povo” revelada no art. 129, II, da Constituição, que lhe imprimiu perfil assemelhado ao *ombudsman* das legislações europeias. O diferencial é que o Ministério Público brasileiro

exerce essas funções de controle (tomada de decisões próprias) da Administração Pública e de pessoas (físicas ou jurídicas) judicial e extrajudicialmente. (MARTINS JÚNIOR, 2015, p. 115).

Contudo, o Ministério Público ainda não absorveu com a devida profundidade tais atribuições, tendo, ainda por algum tempo após o advento da Constituição Federal, dado menor importância à atuação resolutiva, preventiva, extrajudicial, talvez por influência da denominada “cultura da sentença”, ainda fomentada na sociedade brasileira⁶, ou pela formação acadêmica dos Bacharéis em Direito, ainda calcada na solução judicial dos conflitos. A realidade tem demonstrado que é equivocada a ideia de que o Poder Judiciário é a panaceia para a solução dos problemas sociais⁷.

Portanto, o novo desafio assumido pelo Ministério Público consiste em se desgarrar da atuação demandista em prol de uma atuação resolutiva, relegando a atuação judicial à *ultima ratio*. Nesse sentido,

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria ainda excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do projeto democrático. (GOULART, 1998, p. 96).

Contudo,

Isso implica mudança de mentalidade e de postura dos membros do Ministério Público. A defesa da sociedade, na globalidade de seus interesses, faz emergir um promotor de justiça cuja atuação extrapola os limites do processo judicial e das atividades ligadas à persecução penal, estas até então preponderantes. Com perfil atualizado, o promotor-*ombudsman* substitui a figura anacrônica do implacável acusador criminal. (GOULART, 1998, p. 97-98).

3 NECESSIDADE DE FOMENTO AO MODELO RESOLUTIVO

Dentre as diversas classificações existentes na doutrina, uma delas admite a divisão do Ministério Público em dois modelos de atuação: o demandista e o resolutivo. O modelo demandista consiste, basicamente, em uma atuação no âmbito

⁶ A expressão “cultura da sentença” foi retirada do artigo elaborado por Délton Esteves Pastore (PASTORE, 2015). Afirma o autor, na p. 177, que a falsa promessa de uma justiça rápida e eficiente alimenta a expectativa de que todos os problemas da terra poderão ser resolvidos pelo Estado-Juiz, o que gerou a cultura da demanda, e, pois, da sentença.

⁷ Deixa-se de comprovar tal assertiva, por considerar tratar-se de fato notório na sociedade brasileira.

jurisdicional, principalmente quando é ajuizada uma demanda no Poder Judiciário, transferindo ao Estado-Juiz a função de aplicar a norma legal ao caso concreto e pacificar o conflito. Esse modelo ainda prevalece no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, o modelo resolutivo privilegia a atuação extrajudicial do *Parquet*, na qual os seus membros exercem a função de intermediador e pacificador das mazelas sociais e controvérsias jurídicas, por meio de diversos instrumentos jurídicos disponíveis, a exemplo do compromisso de ajustamento de conduta, recomendações, audiências públicas, homologação de acordos extrajudiciais, dentre outros.

É notório que, após a promulgação da Constituição Republicana de 1988, os jurisdicionados têm procurado cada vez mais o Poder Judiciário para a solução de controvérsias. Como fatores que contribuíram para esse cenário, além dos já mencionados anteriormente, podemos citar a democratização da informação, a ascensão social de classes menos favorecidas da população, o excesso de leis protetivas, a conscientização acerca dos direitos, a imensa quantidade de cursos de Direito no país, a formação acadêmica voltada para a litigiosidade e o reiterado descumprimento de normas pelo Estado e pela iniciativa privada.

Embora o Poder Judiciário também tenha se expandido, não tem conseguido acompanhar o aumento vertiginoso da demanda, falhando, muitas vezes, no cumprimento célere do seu mister, o que vem acarretando o cometimento de injustiças e a falta da prestação jurisdicional adequada, violando o direito fundamental à razoável duração do processo.

Dados do programa “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça dão conta que no ano de 2015 se atingiu o número de 100 (cem) milhões de processos em tramitação (CARDOSO, 2015). O Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, em entrevista, criticando a cultura de litigiosidade, afirmou que “uma sociedade que precisa da Justiça para todo e qualquer problema é uma sociedade que está doente. No mínimo, ela sofre de infantilidade, de uma síndrome da tutela permanente. (CARDOSO; MATSUURA; LUCHETE, 2015).

É nesse panorama que urge a necessidade de priorizar o modelo resolutivo, trazendo maior eficácia e celeridade na solução de eventual querela, privilegiando o diálogo e o consenso, além de contribuir para o empoderamento social e para a mitigação da litigiosidade no Poder Judiciário, que poderá envidar maiores esforços em processos de grande relevância e repercussão no âmbito jurídico.

Essa nova realidade deve ser fomentada pelos Poderes da República e pelos agentes políticos em geral, como forma de criar uma cultura de resolução

consensual dos litígios. O Conselho Nacional de Justiça criou diversos programas e ações que incentivam a busca pelos métodos de autocomposição, a exemplo da Semana Nacional de Conciliação, programa “Conciliar é legal”, bem como pela edição da Recomendação n. 50/2014, que recomenda aos Tribunais pátrios a realização de estudos de ações tendentes a dar continuidade ao movimento permanente pela conciliação.

No âmbito legislativo, diversas leis preveem a possibilidade de atuação de juízes leigos e conciliadores, a exemplo da Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, em obediência ao comando insculpido no art. 98 da Constituição Federal de 1988. Ademais, a Lei 13.105/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 3º, §§ 2º e 3º dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público.

Há, ainda, a Lei n. 13.140/15 que instituiu a Lei da Mediação entre particulares como forma de solução de controvérsias e a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

O Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, também passou a incentivar a resolução das demandas por meio de métodos de autocomposição, como se pode observar da Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que instituiu a “Política Nacional de incentivo a Autocomposição no âmbito do Ministério Público”. Sobre a importância do fomento ao modelo resolutivo, leciona Gregório Assagra de Almeida:

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. (ALMEIDA, 2013, p. 60).

Fazendo uma comparação entre os dois modelos de atuação do Ministério Público, podemos afirmar que, enquanto o modelo demandista é baseado na reação, o modelo resolutivo é baseado na pró-ação; enquanto o primeiro põe a responsabilidade das decisões em um terceiro – o Estado-Juiz –, o segundo

privilegia o protagonismo das partes⁸; enquanto o modelo demandista causa um distanciamento do cidadão, o modelo resolutivo o aproxima, pois permite o diálogo franco e a solução consensual; o modelo demandista é mais custoso ao Estado se comparado ao modelo resolutivo; o modelo resolutivo permite, em geral, solução mais célere do que o modelo demandista.⁹

No modelo demandista, o risco da perda de legitimidade e da credibilidade do *Parquet* pela comunidade é maior do que no modelo resolutivo, afinal de contas, é mais fácil aceitar uma decisão na qual se teve sua participação ativa. Ainda sobre as vantagens da autocomposição, destaca-se:

A auto e heterocomposição, fora e além da estrutura judiciária estatal, produz diversas externalidades positivas: alivia a pressão causada pelo excesso de processos judiciais; estimula as partes e interessados a comporem suas divergências, de per si ou com intercessão de um facilitador; agrega estabilidade e permanência às soluções consensuais ou negociadas, pela natural tendência dos envolvidos a prestigiarem a fórmula por eles mesmos industriada; propicia ganho de tempo para os juízes, o qual pode assim ser realocado para a análise mais aprofundada das lides singulares e complexas, bem como daquelas tornadas impossíveis ou que por sua natureza ou qualidade da parte imponham uma passagem judiciária; enfim, essa distribuição, pluralista e democrática, da justiça, pode atenuar o peso, no orçamento estatal, dos crescentes investimentos na estrutura judiciária, que culminam por erigir um mega-Poder, o qual, nem por isso, conseguirá responder à expectativa dos jurisdicionados. (MANCUSO, 2010, p. 223-224).

Nesse sentido, um importante instrumento extrajudicial e resolutivo que pode ser utilizado pelo Ministério Público é a recomendação ministerial, que será objeto da seção seguinte.

4 A RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme já assinalado, a Constituição Republicana de 1988 ampliou o rol de atribuições do Ministério Público, conferindo à legislação infraconstitucional a responsabilidade pela regulamentação de alguns instrumentos jurídicos.

⁸ Sobre a importância do diálogo para a efetividade do direito, sugerimos a leitura da obra de Frederico Costa Greco (GRECO, 2015).

⁹ Ainda sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida leciona: "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. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais". (ALMEIDA, 2015, p. 148).

Dentre tais instrumentos, está prevista a recomendação, com previsão legal no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993¹⁰ (aplicação subsidiária aos Estados), no art. 27, parágrafo único, inciso IV da Lei n. 8.625/1993¹¹, bem como nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais, a exemplo do art. 75, inciso IV, da Lei Complementar n. 11/1996 do Estado da Bahia.¹² Ademais, a Resolução n. 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina o instituto da recomendação.

Consiste a recomendação em um instrumento jurídico extrajudicial, unilateral, utilizado pelo Ministério Público para apontar ao recomendado – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – eventual necessidade de adoção de um determinado comportamento, para que não incorra em descumprimento de normas constitucionais ou infraconstitucionais, seja por uma atuação comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, com o intuito de melhorar os serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover.¹³

É importante ressaltar que a recomendação não constitui mero conselho ou lembrete, consoante posicionamento doutrinário:

A recomendação ministerial, por se tratar de comunicação oficial expedida por órgão público objetivando o alcance de resultados institucionais relacionados com as funções do Ministério Público, não pode ser entendida como um mero conselho ou lembrete. O conselho tem tom informal, amistoso e decorre, via de regra, de relações de particulares onde não se aplica o princípio da impessoalidade, orientador das condutas de todos os agentes públicos, inclusive os membros do Ministério Público. (MIRANDA, 2013, p. 496).

A recomendação não possui caráter vinculante, ou seja, suas disposições não têm o condão de impor o acatamento pelo recomendado. A doutrina destaca que a recomendação possui a natureza jurídica de ato administrativo enunciativo. Nesse sentido, vale observar o seguinte excerto:

¹⁰ Art. 6º, inciso XX - 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.

¹¹ Art. 27, parágrafo único, inciso IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

¹² Art. 75, inciso IV – promover audiências públicas e emitir relatórios anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos poderes, aos órgãos e entidades mencionadas no art. 74, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e, quando for o caso, as providências cabíveis.

¹³ O art. 5º do Ato Normativo n. 484-CPJ do ano de 2006, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, define a recomendação como sendo o instrumento destinado à orientação de órgãos públicos ou privados, para que sejam cumpridas normas relativas a direitos e deveres assegurados ou decorrentes das Constituições Federal e Estadual e serviços de relevância pública e social. Parágrafo único. É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública. (Incluído pelo Ato (N) n. 718/2011 – CPJ, de 01/12/2011).

Desta forma, por se tratar 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, concluímos que a recomendação possui natureza jurídica de ato administrativo enunciativo de efeitos concretos. (MIRANDA, 2013, p. 499).

De acordo com a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

ato enunciativo é aquele pelo qual a Administração apenas atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito. Alguns autores acham, com razão, que esses atos não são atos administrativos propriamente ditos, porque não produzem efeitos jurídicos. Correspondem à categoria, já mencionada, dos meros atos administrativos [*sic*]. (DI PIETRO, 2010, p. 225).

Por sua vez, Dirley da Cunha Júnior entende que atos meramente enunciativos:

São os atos cujos efeitos se prestam apenas para emitir um juízo de conhecimento ou de opinião, atestando ou reconhecendo uma determinada situação de fato ou de direito. Eles simplesmente manifestam a opinião ou o conhecimento da Administração Pública sobre determinada situação fática ou jurídica, sem produzir qualquer efeito jurídico imediato. (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 96).

Todavia, embora se trate de ato administrativo enunciativo, a recomendação produz, sim, efeitos jurídicos. Nesse sentido,

Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; e b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão. (MAZZILLI, 2015b, p. 356).

Essa necessidade de dar resposta escrita ao Ministério Público cria uma relação jurídica de vinculação do destinatário aos motivos que apresentar, em conformidade com a teoria dos motivos determinantes.

Ademais, após a expedição da recomendação, o destinatário não poderá alegar desconhecimento da matéria, ensejando a caracterização do dolo para fins de improbidade administrativa, por exemplo:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação do elemento anímico que direcionou o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº. 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado. (GARCIA, 2005, p. 383 apud DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2012, p. 250-251).

Enfim, destaca-se a síntese exposta por Marcos Paulo de Souza Miranda em relação aos efeitos que podem surgir da recomendação utilizada pelo Ministério Público:

Em síntese, podemos elencar os seguintes efeitos que podem advir das recomendações expedidas pelo Ministério Público: 1) caracterizar o dolo para viabilizar futura ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal; 2) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*), com repercussões de relevo na esfera de responsabilização criminal; 3) provocar o autocontrole de atos da administração pública, visto que, pelo princípio da autotutela, a Administração pode corrigir seus próprios erros; 4) caracterizar o dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por ato de improbidade administrativa quando tal elemento subjetivo for exigido (art. 11 da Lei nº. 8.429/92); 5) impelir, estimular, embasar ou apoiar atos discricionários de agentes públicos que se encontram tendentes a realizá-los mas que, por quaisquer motivos (políticos ou administrativos), não o fazem; 6) constituir-se em elemento probatório em sede de ações cíveis ou criminais; 7) vincular as justificativas apresentadas pelo recomendado acerca da prática ou omissão administrativa, aos respectivos motivos determinantes, viabilizando o controle jurisdicional; 8) afastar – quando respondida, contendo as argumentações para o não atendimento da providência recomendada – a alegada necessidade de prévia oitiva do ente público que figura no polo passivo para análise de eventual concessão de liminar (exigência do art. 2º da Lei nº. 8.437/92). (MIRANDA, 2013, p. 508).

A doutrina diverge acerca da possibilidade de a recomendação ser realizada de forma avulsa, autônoma ou apenas quando se estiver diante de um procedimento investigatório prévio.

De acordo com Geisa de Assis Rodrigues, a recomendação:

Em regra, é expedida nos autos do inquérito após sua instrução, como forma de evitar a propositura da medida judicial e quando não seja o caso de ajustamento de conduta, mas nada impede que a

recomendação seja feita fora de uma investigação, ou até seja uma das primeiras diligências do inquérito civil. (RODRIGUES, 2013, p. 287-288).

Marcos Paulo de Souza Miranda, de igual modo, afirma que “a recomendação ministerial pode ser manejada em toda e qualquer hipótese em que seja cabível a atuação do Ministério Público. A sua expedição não pressupõe, necessariamente, a prévia instauração de procedimento investigatório, podendo ser expedida de forma autônoma”. (MIRANDA, 2013, p. 500).

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, entende que “para que o Ministério Público expeça uma recomendação, primeiramente deve investigar os fatos, inteirando-se do problema e de suas consequências; deve colher informações técnicas adequadas e, ao final, poderá apontar as falhas e diagnosticar sua correção. O meio adequado para chegar a expedir recomendações será de regra o inquérito civil, podendo valer-se também da realização de audiências públicas.” (MAZZILLI, 2015b, p. 353).

Leonardo Barreto Moreira Alves e Márcio Soares Berclaz asseveram que:

Ainda que nada impeça que um procedimento administrativo do tipo inquérito civil ou procedimento preparatório seja inaugurado a partir da emissão de uma recomendação administrativa ou notificação recomendatória de caráter preventivo, normalmente o uso do instrumento se dá ao longo da instrução de um procedimento já instaurado e no qual foram apurados ou reunidos elementos de informação, como desdobramento da investigação ou da apuração de determinado problema. (ALVES; BERCLAZ, 2014, p. 50).

Portanto, temos divergências na doutrina a respeito do tema. A legislação não proíbe a recomendação avulsa ou autônoma. É possível advogar, portanto, que, a depender do caso, não se fará necessária uma investigação preliminar para que o Ministério Público faça uso da recomendação, consoante, inclusive, o art. 3º, § 2º da Resolução n. 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

A título ilustrativo, ao analisar um projeto de lei em tramitação no Poder Legislativo, o Ministério Público pode, desde logo, sem procedimento preparatório, expedir uma recomendação, que, obviamente, conterá os fundamentos jurídicos que explicitem a necessidade de eventual alteração do texto do projeto de lei, pois em geral se fará necessária apenas a análise do texto do projeto de

lei em conformidade com a legislação constitucional e infraconstitucional. Em outros casos, a prudência recomendará a adoção de um procedimento preparatório. Logo, a análise deve ser casuística.

5 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é o procedimento pelo qual se fiscaliza o cumprimento das normas constitucionais. Em razão do princípio da supremacia da Constituição, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com o que estabelecem as normas constitucionais. Logo, as normas infraconstitucionais que infringirem a Constituição Federal ou as Constituições Estaduais serão objeto de um controle a ser realizado por órgãos devidamente elencados pela Carta Magna.¹⁴

Dentre as diversas classificações possíveis, para o presente artigo interessa a classificação quanto ao momento de realização desse controle de constitucionalidade. Com efeito, de acordo com tal classificação, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo.

O controle preventivo é aquele realizado antes de o projeto de lei se tornar uma lei, ou seja, antes do ingresso do ato no ordenamento jurídico. Esse controle pode ser realizado pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário.¹⁵

O Poder Legislativo realiza o controle preventivo de constitucionalidade por meio das denominadas Comissões de Constituição e Justiça. De acordo com o art. 59 da Constituição Federal, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. É importante ressaltar que nem todas essas espécies normativas passarão pelo controle preventivo do Poder Legislativo, a exemplo das medidas provisórias.

Em relação às leis complementares e leis ordinárias, por exemplo, o processo se inicia com a fase de iniciativa, em que determinadas pessoas ou órgãos poderão apresentar projetos de lei, a exemplo do Deputado Federal, Senador,

¹⁴ É importante reafirmar que o vício de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos termina enfraquecendo o princípio da supremacia constitucional, na medida em que a vontade do poder constituinte originário não estará sendo respeitada. Sendo a Constituição a Lei Fundamental, vetor máximo de um sistema jurídico, cujos preceitos foram estabelecidos democraticamente mediante o consenso, ainda que mínimo, da população – por meio dos seus representantes – sua violação representa, também, uma violação ao princípio democrático, motivo pelo qual o controle de constitucionalidade visa preservar os valores primordiais da sociedade.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. MS 32033, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, relator(a) p/ acórdão: min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/6/2013, processo eletrônico DJE-033 divulg 17-2-2014 public 18-2-2014.

Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, cidadãos, enfim, aos elencados no art. 61 da Constituição Federal.¹⁶

Em seguida, a matéria é encaminhada para as Comissões Temáticas e Comissão de Constituição e Justiça, sendo que esta última terá a incumbência de analisar a constitucionalidade do projeto de lei, emitindo parecer sobre a questão. Se a inconstitucionalidade for parcial, poderá ser oferecida uma emenda ao texto do projeto de lei, mas se a inconstitucionalidade for total, o projeto de lei deverá ser arquivado definitivamente por despacho do Presidente da Casa Legislativa, salvo se houver recurso, nos termos do Regimento Interno de cada Casa Legislativa. É importante não olvidar o seguinte:

Lembramos que as comissões, em razão da matéria de sua competência, poderão, além de discutir e emitir pareceres sobre o projeto de lei, aprová-los, desde que, na forma do regimento interno da Casa, haja dispensa da competência do plenário (delegação *interna corporis*) e inexista, também, a interposição de recurso de 1/10 dos membros da Casa, hipótese em que será inviável a votação do projeto de lei pela comissão temática (art. 58, § 2º, I), sendo esta, necessariamente, transferida para o plenário da Casa. (LENZA, 2011, p. 515).

Sendo aprovado o projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça, passa-se à fase constitutiva, na qual há a deliberação parlamentar, ou seja, a discussão e votação da matéria e a deliberação executiva, em que o Poder Executivo poderá vetar ou sancionar o projeto de lei. O poder de veto do Chefe do Poder Executivo se enquadra também como exercício do controle de constitucionalidade preventivo, só que realizado pelo Poder Executivo. Esse poder de veto pelo Chefe do Poder Executivo decorre do princípio da separação dos poderes, que deu origem ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Sobre o tema, são importantes as seguintes lições:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos *gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas

¹⁶ A Constituição do Estado da Bahia dispõe sobre a iniciativa de projetos de leis ordinárias e complementares em seu art. 75, in verbis: "Art. 75 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias caberá a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao governador do Estado, Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas do Estado, Tribunal de Contas dos Municípios, procurador geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição".

irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de *atos especiais*. O Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências. (DALLARI, 2005, p. 220-221).

Sancionado o projeto de lei, passa-se à fase complementar na qual ocorrerá a promulgação da lei e sua publicação. Contudo, é possível e não raro acontece de a Comissão de Constituição e Justiça emitir parecer favorável à constitucionalidade de determinado projeto de lei que se mostra inconstitucional sob a ótica de outros Poderes ou órgãos públicos, a exemplo do Poder Executivo e, em especial, o Ministério Público, instituição escolhida pela Carta Magna para atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por um lado, como visto, surge a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo vetar o projeto de lei, no todo ou em parte, no prazo de 15 dias úteis, contados da data do recebimento, se considerá-lo inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político), nos termos do que dispõe o art. 66 da Constituição Federal de 1988.¹⁷

Há casos, entretanto, em que a iniciativa do projeto de lei é privativa do Poder Executivo, o que, por razões óbvias, permite a conclusão de que dificilmente o gestor exercerá o poder de veto. Logo, caso esse projeto de lei inconstitucional ou ilegal receba parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, já pode surgir o interesse do Ministério Público em ver alterado o projeto de lei, no todo ou em relação à parte em que se mostrar inconstitucional ou ilegal, ressaltando que, nos demais casos, nada obriga que o Ministério Público deva aguardar a manifestação de outro Poder. Os instrumentos que podem ser utilizados pelo Ministério Público serão objeto do capítulo seguinte.

¹⁷ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de 15 dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de 48 horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Dispositivo semelhante consta no art. 80 da Constituição do Estado da Bahia, in verbis: Art. 80 - Aprovado o projeto de lei, será encaminhado ao governador que, aquiescendo, o sancionará, no todo ou em parte. § 1º - O governador poderá vetar, total ou parcialmente, no prazo de 15 dias, o projeto de lei que considerar, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público. No mesmo sentido dispõe o art. 49 da Lei Orgânica do Município de Salvador: Art. 49. Aprovado em redação final, será o projeto enviado ao prefeito que, aquiescendo, o sancionará no prazo de 15 (quinze) dias úteis, determinando a sua publicação. § 1º Se o prefeito considerar o projeto inconstitucional, ilegal ou contrário ao interesse público, opor-lhe-á veto total ou parcial, dentro de 15 (quinze) dias, encaminhando ao presidente da Câmara os motivos do veto.

6 A RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROVOCAÇÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme analisado na seção anterior, a partir do momento em que um projeto de lei considerado inconstitucional recebe parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, surge o interesse do Ministério Público em ver alterado o respectivo projeto, tendo em vista que é o órgão escolhido pela Carta Magna para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁸

A primeira atitude a ser tomada pelo Ministério Público que salta aos olhos é a possibilidade de propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade contra determinada lei, já que o *Parquet* é um dos legitimados para a propositura dessa ação constitucional, conforme art. 103, VI da Constituição Federal, bem como art. 134, III da Constituição do Estado da Bahia. Todavia, para que tal mister seja realizado, o Ministério Público deve, necessariamente, aguardar todo o trâmite legislativo, mesmo porque o Poder Judiciário já teve a oportunidade de decidir não ser cabível a ele analisar a constitucionalidade de projeto de lei.

Com efeito, no julgamento do Mandado de Segurança preventivo n. 32.033, o Supremo Tribunal Federal reputou que o sistema constitucional não autorizaria o controle de constitucionalidade prévio de atos normativos, e que a jurisprudência da Corte estaria consolidada no sentido de, em regra, deverem ser rechaçadas as demandas judiciais com essa finalidade.

Delimitou haver duas exceções a essa regra: a) proposta de emenda constitucional manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e b) projeto de lei ou de emenda em cuja tramitação se verificasse manifesta afronta à cláusula constitucional que disciplinasse o correspondente processo legislativo.

Aduziu que, em ambas as hipóteses, a justificativa para excepcionar a regra estaria claramente definida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O vício de inconstitucionalidade estaria diretamente relacionado aos aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa.

Nessas circunstâncias, a impetração de segurança seria admissível porque buscaria corrigir vício efetivamente concretizado, antes e independentemente da

¹⁸ Almeida (2013, p. 153) afirma que “na condição de fiscal da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público no controle da constitucionalidade tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental. Convém destacar, também, a importância da atuação do Ministério Público para o controle extrajudicial da constitucionalidade, que poderá se dar quando a Instituição expede recomendação para provocar perante o Poder Legiferante o autocontrole da constitucionalidade”.

final aprovação da norma. Logo, como regra, só cabe o controle preventivo do Poder Judiciário no caso de vício formal no projeto de lei ou proposta de emenda constitucional. Excepcionalmente, caberá quando houver vício material, no caso de proposta de emenda constitucional ofensiva a cláusula pétrea.

Se, por um lado, é pacífica a ideia de que não cabe, como regra, controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Poder Judiciário, por outro lado, ter que aguardar todo o trâmite legislativo para só então propor eventual ação direta de inconstitucionalidade se configura um comportamento ineficiente, uma vez que, sancionada e publicada a lei, usualmente, ela já passa a surtir seus efeitos, podendo prejudicar aqueles que por ela serão afetados.

Ademais, aguardar o posicionamento do Poder Judiciário, que se encontra assoberbado de trabalho, conforme salientado anteriormente, pode significar a inefetividade do Direito, prejudicando a sociedade, que, ao ver-se desassistida em seus direitos, irá procurar o Poder Judiciário, na maioria das vezes, de forma individualizada, o que poderá ocasionar uma enxurrada de novas demandas, dificultando ainda mais a efetiva prestação jurisdicional.

É relevante ressaltar que o Poder Legislativo, em geral, legisla mal. Em entrevista a uma revista eletrônica, o magistrado federal Dirley da Cunha Júnior assevera que

a inconstitucionalidade das leis, de forma geral, é uma preocupação constante do juiz. Os dados do "Anuário da Justiça Brasil 2015", revelando que, de cada dez leis julgadas em ações diretas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seis são inconstitucionais, mostram, no entendimento de Cunha, que o legislador está precisando aprender a legislar e que uma possível solução para isso é a criação de um órgão de controle preventivo de constitucionalidade, que seja provocado quando houver dúvida acerca da constitucionalidade de uma proposta ainda em tramitação. Se a decisão for pela inconstitucionalidade, a proposta é arquivada. Se for pela constitucionalidade, e aprovada, torna-se definitiva. (SILVA, 2015).

Há quem defenda, doutrinariamente, a possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal realizar esse controle preventivo, entendimento que é alvo de críticas, no sentido de que a Constituição Federal de 1988 teria previsto apenas o controle repressivo ao Poder Judiciário. Por exemplo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, já defende um controle prévio de constitucionalidade das leis há algum tempo:

Em artigo publicado na Revista dos Advogados, em 2004, ele defendeu a discussão da matéria, “tendo por objeto atos normativos de caráter infralegal, como portarias normativas, instruções gerais e regulamentos editados pela Administração Pública”. Na prática, significa dizer que sofreriam controle preventivo de constitucionalidade todos projetos de lei, projetos de decretos legislativos — responsáveis pela aprovação dos tratados internacionais — e de qualquer proposta de Emenda à Constituição Federal. A medida, escreveu Celso de Mello no artigo, permite que a alta corte judiciária, “em decisão revestida de força obrigatória geral, possa neutralizar desvios no exercício inadequado do poder regulamentar”. O mesmo posicionamento havia sido manifestado pelo ministro antes de 2004, durante a Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil sobre Direitos Humanos, em 1997. Atualmente, a jurisprudência do Supremo vem rejeitando outro modelo, o de fiscalização preventiva mediante a ação direta. O entendimento se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 466, do Distrito Federal. Nela, o Partido Socialista Brasileiro tentou arguir a inconstitucionalidade de uma proposta de emenda que ampliava as hipóteses de pena de morte no Brasil. (SCRIBONI, 2011).

Dessa forma, em consonância com o novo perfil constitucional do Ministério Público e com a necessidade de se privilegiar a sua atuação resolutiva, em detrimento da atuação demandista, conforme exposto no início deste artigo, surge uma nova possibilidade de atuação do *Parquet*, que se encaixa nesse novo perfil constitucional: a recomendação para provocação do controle preventivo de constitucionalidade.

Com efeito, uma vez que o projeto de lei tenha recebido parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça do Poder Legislativo, já existirá interesse do Ministério Público em ver alterado o respectivo projeto, no todo ou em parte, devendo, por conseguinte, expedir recomendação para que os membros do Poder Legislativo suprimam ou acrescentem dispositivo no texto do projeto de lei em tramitação para que este seja posteriormente sancionado sem inconstitucionalidades ou ilegalidades.

Nada impede que o Poder Legislativo adote tal comportamento, seja porque a Constituição Federal e os respectivos regimentos internos permitem aos seus membros a alteração do projeto de lei, seja porque se aplica à Administração Pública¹⁹ o princípio da autotutela, segundo o qual, na esteira do enunciado n. 473 do Supremo Tribunal Federal, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se

¹⁹ Importante lembrar que o conceito de Administração Pública abrange não apenas o Poder Executivo, pois também há exercício de função administrativa no Poder Legislativo e no Poder Judiciário, motivo pelo qual o princípio da autotutela se aplica aos três Poderes da República.

originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Sobre o tema:

Uma utilização ainda pouco explorada em âmbito nacional, mas inteligente e promissora, é a da recomendação ministerial objetivando provocar o autocontrole de constitucionalidade de leis e demais atos normativos, instrumento este que vem sendo usado rotineiramente em Minas Gerais pela Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria-Geral de Justiça, alcançando ótimos resultados. No campo do Direito Ambiental, por exemplo, recomendação expedida por tal órgão em 2005, dirigida ao Poder Legislativo do Município de Governador Valadares, provocou a revisão legislativa do art. 155, VIII, do Código Ambiental daquela cidade, que, ao permitir a emissão de poluição sonora sem limites e em qualquer horário nas situações que arrolou, violava frontalmente os arts. 225 da CF/88 e 214 da CEMG. (MIRANDA, 2013, p. 501).

Dessa forma, embora a recomendação não tenha caráter vinculante, afigura-se um instrumento profícuo a ser utilizado pelo Ministério Público, pois privilegia a atuação resolutiva, consensual, eficiente, além de ser mais uma forma de manifestação do sistema de freios e contrapesos, conforme assinalado anteriormente.

Esse comportamento a ser adotado pelo Ministério Público não exclui eventual propositura de ação direta de inconstitucionalidade, caso a recomendação não obtenha êxito. Contudo, uma vez sendo observados os termos da recomendação, tornar-se-á desnecessária a propositura de eventual ação direta de inconstitucionalidade, medida que contribuirá para a diminuição da demanda no Poder Judiciário. Nesse sentido:

Assim, em sendo possível, é até mesmo o mais recomendável, o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante, seja por intermédio do instituto da revogação, seja por intermédio do instituto da alteração para adequação ao sistema constitucional da lei ou ato normativo apontado como inconstitucional, nada mais razoável do que se provocar primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte, sendo perfeitamente compatível e até razoável o seu exercício Constitucional competente. (PARISE et al, 2005, p. 17).

Ainda assim, se porventura os parlamentares não acatarem os termos da recomendação ministerial, entendendo não haver vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade no projeto de lei, restará a possibilidade de expedição de recomendação ao Chefe do Poder Executivo para que manifeste o seu poder de veto do projeto de lei, no todo ou em parte, caso concorde com a manifestação do Ministério Público.

Contudo, considerando que a atribuição para editar leis cabe ao Poder Legislativo, o veto poderá ser rejeitado em sessão conjunta das Casas Legislativas (onde houver mais de uma Casa), dentro de 30 dias a contar do seu recebimento, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, hipótese na qual o projeto será enviado sem o veto para promulgação pelo Poder Executivo.

Se a lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente do Poder Legislativo respectivo a promulgará e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente fazê-lo²⁰.

Vale mencionar que, tanto na provocação do Poder Legislativo, quanto na provocação do Poder Executivo, se o entendimento for pelo não acatamento da recomendação, tais Poderes deverão justificar, de forma fundamentada, a razão pela qual discordam do Ministério Público, conforme exigência do art. 27, parágrafo único, inciso IV da Lei n. 8.625/1993.

Tratando-se de ato flagrantemente ilegal, a doutrina destaca ser mais efetiva a adoção de outros comportamentos, sob pena de desmoralizar a Instituição. Nesse sentido:

Em caso de flagrante descumprimento da norma legal em que é evidente a ciência dessa irregularidade, a recomendação deve ser utilizada com parcimônia, para não desmoralizar a Instituição expedidora, que deverá, para evitar que isso aconteça, adotar a medida judicial cabível em caso de descumprimento. Por tal razão, nesses casos costuma ser preferível (mais efetivo) optar pela tentativa de firmar compromisso de ajustamento de conduta e, diante da negativa do pretendido compromissário, adotar a via judicial. (MIRANDA, 2013, p. 505).

Além do exemplo citado no Município de Governador Valadares em Minas Gerais, podemos mencionar uma oportunidade em que tal instrumento poderia ser utilizado no Estado da Bahia. Com efeito, em 25 de novembro de 2015, o Governador do Estado da Bahia apresentou proposta de emenda constitucional

²⁰ Art. 66, caput e parágrafos da Constituição Federal, bem como art. 80 da Constituição do Estado da Bahia.

com o intuito de, dentre outras matérias, alterar o art. 41, inciso VIII da Constituição do Estado da Bahia, visando restringir, em âmbito estadual, o direito social ao adicional de férias com remuneração de pelo menos 1/3 do salário normal.

A referida proposta de emenda constitucional recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia²¹, sem que houvesse a supressão do artigo da proposta que visava alterar o art. 41, VIII da Constituição do Estado da Bahia.

Nesse momento, o Ministério Público do Estado da Bahia poderia ter expedido recomendação sugerindo aos membros do Poder Legislativo que suprimissem o artigo que visava restringir o direito constitucional ao adicional de férias, tendo em vista o quanto disposto no art. 7º, XVII e art. 39, § 3º da Carta Magna, bem como no art. 41 da Constituição do Estado da Bahia, que não poderia ser objeto de restrição, por se tratar de um direito fundamental.

A recomendação traria consigo todos os efeitos que já foram citados anteriormente, fazendo com que o Poder Legislativo tivesse que dar a devida divulgação, além de ter de responder de forma fundamentada, conferindo maior força política ao pleito do Ministério Público do Estado da Bahia.

Não obstante, a Associação dos Membros do Ministério Público do Estado da Bahia optou por apresentar uma nota técnica²² em que opinou pela inconstitucionalidade da alteração do art. 41, VIII, da Constituição do Estado da Bahia, e pela discussão do tema com os membros do Poder Legislativo Estadual, atitude que terminou sendo exitosa, tendo em vista que a proposta de emenda constitucional se transformou na emenda constitucional n. 22, publicada em 30/12/2015²³, com a supressão do artigo que alterava o art. 41, VIII, da Constituição do Estado da Bahia.

²¹ O parecer da Comissão de Constituição e Justiça está disponível no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.al.ba.gov.br/atividade-parlamentar/proposicoes-resultado.php?cod=PEC/148/2015>>. Acesso em: 6 jan. 2016. Nos termos do art. 51, § 1º do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, à Comissão de Constituição e Justiça cabe opinar, salvo a competência privativa da Mesa (art. 40, IV), em todas as proposições, sobre o aspecto de constitucionalidade, legalidade e técnica legislativa, bem como elaborar a redação final, na forma do Regimento Interno, devendo apreciar ainda o mérito relativo às seguintes matérias: I - organização judiciária e do Ministério Público; II - registros públicos; III - desapropriações de bens do domínio estadual; IV - licença ao Governador e Vice-Governador para que se ausentem do País.

²² Disponível em: <<http://www.ampeb.org.br/wp-content/blogs.dir/2015/12/Minuta-Nota-T%C3%A9cnica-01-2015-PEC-148-2015-1.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

²³ Disponível em: <<http://www2.egba.ba.gov.br/diario/DO31/Fotos/LEGISLATIVO.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, foi demonstrado que a demanda por justiça na sociedade brasileira aumentou de maneira significativa nos últimos anos, o que pode ser atribuído a diversos fatores, a exemplo da globalização, da redescoberta da cidadania e da conscientização da população quanto aos seus direitos.

Para não sucumbir diante dessa nova realidade, as instituições devem, de igual modo, se reinventar, buscar novas soluções que possibilitem a efetivação da justiça de forma ampla e generalizada. Nesse sentido, demonstrou-se que a atuação resolutiva e consensual deve ser privilegiada, em detrimento da atuação demandista, já que aquela abarca diversas vantagens, a exemplo da maior celeridade na resolução dos litígios, da maior eficácia, da solução consensual, baseada no diálogo, no empoderamento dos atores e no resgate da cidadania, além de desafogar o Poder Judiciário.

Dentre essas instituições, destaca-se o Ministério Público, cujo regramento constitucional é plenamente compatível com a atuação resolutiva, motivo pelo qual tal modelo deve ser incentivado e adotado, de forma crescente, por seus membros e servidores.

No recorte epistemológico deste artigo, buscou-se analisar a compatibilidade de uma das técnicas de controle de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público. Nesse diapasão, foi indagado de que forma se poderia conciliar o controle preventivo de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, foi analisado o instrumento da recomendação administrativa, seu conceito, efeitos jurídicos e demais discussões controversas na doutrina a seu respeito. Em seguida, foi desenvolvida a seção referente ao controle preventivo de constitucionalidade, como espécie de controle de constitucionalidade realizado antes da vigência da lei, podendo ser efetuado pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário.

Tendo as seções anteriores como referencial teórico, adentrou-se propriamente no objeto de pesquisa, na seção 6. Foi realizada a junção entre os dois institutos anteriormente analisados: recomendação administrativa pelo Ministério Público e controle preventivo de constitucionalidade, observando-se que há compatibilidade entre os instrumentos.

Portanto, ficou comprovado que, a partir do novo perfil constitucional, surge para o Ministério Público a possibilidade de utilização do instrumento da recomendação para uma nova função: provocar o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei, para garantir maior eficiência e celeridade na proteção e na defesa da ordem jurídica, evitando que a sociedade seja, posteriormente, prejudicada pela existência de uma lei inconstitucional, que demandará a indesejável ida ao Poder Judiciário em busca de soluções, quase sempre, a destempo.

Ante todo o exposto neste artigo, não há dúvidas quanto à possibilidade de utilização da recomendação ministerial para a provocação do controle preventivo de constitucionalidade, hipótese que é louvável e se configura em mais um importante mecanismo de atuação extrajudicial que poderá ser utilizado pelo Ministério Público para garantir a tão sonhada efetividade dos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 45-103.

_____. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 139-172 (Coleção repercussões do novo CPC)

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em ação**: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador: Assembleia Legislativa do estado da Bahia, 1989. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**:

os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 50**, de 08 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n50-08-05-2014-presidencia.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 118**, de 1º de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 164**, de 28 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 3 jan. 2016.

CARDOSO, Maurício. Brasil atinge marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. **Consultor Jurídico**, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

CARDOSO, Maurício; MATSUURA, Lilian; LUCHETE, Felipe. Sociedade deve escolher se resolve seus litígios ou paga para a Justiça resolvê-los. **Consultor Jurídico**, 11 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/entrevista-jose-renato-nalini-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. atual. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 4.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1998. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1046>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

GRECO, Frederico Costa. **A (in)efetividade do Direito**: quando o diálogo se torna mais importante do que a lei. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial**. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público**: a constituição e as leis orgânicas. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento de conduta e audiências públicas. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015b.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 479-525.

PARISE, Elaine Martins et al. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 16-18, set. 2005. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publi->

[cacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/](#)>. Acesso em: 5 jan. 2016.

PASTORE, Délton Esteves. Ministério Público e cultura da sentença. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 173-192. (Coleção repercussões do novo CPC)

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 237-291

SCRIBONI, Marília. Cresce debate sobre controle prévio de leis. **Consultor Jurídico**, 20 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade>>. Acesso em: 13 maio 2016.

SILVA, Rodrigo Daniel. Precisamos de órgão para fazer controle prévio de constitucionalidade das leis. **Consultor Jurídico**, 10 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/entrevista-dirley-cunha-junior-juiz-federal-professor>>. Acesso em: 13 maio 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Código de Processo Civil 2015: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da legalidade e o Ministério Público constitucional. In: GODINHO, Robson Renault, COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 43-60 (Coleção repercussões do novo CPC)