

**RECOMENDAÇÃO MINISTERIAL:
POSSIBILIDADES, LIMITES, USOS E ABUSOS**

Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor titular da 6ª Promotoria de Justiça da Comarca de Santa Luzia-MG.
Integrante do Grupo de Estudos sobre Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação, criado pela
Portaria n.º 23/2014, da Presidência do CNMP.



A recente pandemia da denominada Covid-19 trouxe à tona, em âmbito nacional, a utilização, pelo Ministério Público, de diversos instrumentos judiciais e extrajudiciais destinados à defesa de direitos difusos colocados sob a tutela do *Parquet*, em especial os direitos à saúde e à vida.

Em tal cenário, ressaiu com bastante nitidez o uso expressivo do instrumento da Recomendação ministerial em diversas situações, que chegaram a gerar polêmicas, ganhar a grande mídia e, até mesmo, serem levadas a órgãos de controle do Ministério Público brasileiro para fins de correção de supostos abusos e distorções.

Tal fato decorre, em parte, a nosso sentir, da ausência de uma doutrina consolidada sobre o instituto da Recomendação e do surgimento, relativamente recente, de tal ferramenta no ordenamento jurídico brasileiro, o que contribui para um limitado conhecimento sobre seus fundamentos, limites e possibilidades do novel instrumento.

Por primeiro, insta salientar que a Recomendação tem uma história mundial de mais de dois séculos, pois surgiu como a principal ferramenta de trabalho da figura do *ombudsman*, criado no direito escandinavo em 1809, e que, aos poucos, foi se disseminando pelo mundo e chegou ao Brasil, ganhando inclusive *status* constitucional com a Carta Magna de 1988.

O *ombudsman* possui uma formatação típica em âmbito internacional (figura padrão ou *standard*), que tem, no conhecimento jurídico, no equilíbrio, na conduta ilibada e na respeitabilidade de seus membros, o maior patrimônio da instituição, reconhecida mundialmente como uma verdadeira “magistratura de persuasão”, tamanha a força dos atos que pratica por meio da Recomendação.

Nós, promotores de Justiça do Brasil, como adiante explicado, somos herdeiros dessa tradição e devemos honrá-la.

Na doutrina internacional sempre se assinala que o *ombudsman* atua na base da autoridade moral, na capacidade de se impor pelo acerto de suas conclusões e pelo equilíbrio de suas atitudes, afigurando-se como um reforço adicional ao necessário sistema de equilíbrio entre as instituições (freios e contrapesos). Por ser um poderoso instituto de correção de ilegalidades, conquanto não tenha poder jurisdicional, o *ombudsman* é também conhecido, no direito comparado, como um verdadeiro “encouraçado sem canhões”.

Em nosso ordenamento jurídico, a atribuição do *ombudsman* foi outorgada expressamente pelo constituinte ao Ministério Público no art. 129, II, quando nos cometeu o dever de “*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*”.

Esse dispositivo traz algumas consequências jurídicas de relevo e não raramente olvidadas: a) a atuação como *ombudsman*, em nosso país, é exclusiva do Ministério Público (tentou-se, durante o processo constituinte, outorgá-la a outros entes, o que foi rechaçado); b) logo, a Recomendação, enquanto instrumento típico para o desempenho da função de *ombudsman*, é privativa do *Parquet* e não pode ser utilizada ao léu por outros órgãos (tais como Defensorias Públicas e Polícias, como tem ocorrido em tempos recentes, totalmente à margem da lei); 3) a Recomendação ministerial, na qualidade de ferramenta essencial para o desempenho das missões outorgadas ao Ministério Público, guarda, por consequência, natureza jurídica de garantia fundamental

da sociedade e eleva-se à condição de cláusula pétrea, não podendo ser extirpada do nosso ordenamento jurídico por meio de inovações legislativas.

No campo infraconstitucional, a Recomendação ministerial está prevista expressamente na Lei Complementar 75/93 (art. 6º, XX) e na Lei 8.625/93 (art. 27, parágrafo único, IV). Mais recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) criou um grupo de trabalho - do qual tivemos a honra de participar ao lado de valorosos colegas do Ministério Público do país - para propor a regulamentação do instituto da Recomendação no Brasil, o que redundou na edição da Resolução CNMP n.º 164/2017, trazendo delineamentos básicos para o uso da valiosa ferramenta, que necessita ser melhor estudada e compreendida.

Apesar de não estar mencionada expressamente no art. 3º, § 3º, do NCPC, é indiscutível que, ao lado da conciliação e da mediação, a Recomendação ministerial se insere no espectro dos “outros métodos de solução consensual de conflitos”, que devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Contudo, é preciso reconhecer que a Recomendação ministerial não é panaceia para todos os males, havendo necessidade de maior reflexão por parte dos membros do Ministério Público para que o seu uso (na enorme maioria das vezes legítimo e bem intencionado) não se transforme em abuso, o que pode vir a desacreditar a bisseccular ferramenta e a nossa própria instituição.

Ousamos afirmar que, entre todos os instrumentos à disposição do Ministério Público para o desempenho de suas missões (a exemplo do Inquérito Civil, do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, da Ação Civil Pública e da própria Ação Penal), a Recomendação é aquele que maior carga de responsabilidade acarreta para o membro subscritor. Enquanto a instauração do Inquérito Civil é seguida de dilação probatória, podendo inclusive ser arquivado, o Termo de Compromisso necessita da concordância expressa da parte compromissária e as ações judiciais estão sujeitas ao contraditório, à ampla defesa e ao julgamento por um terceiro imparcial, com possibilidade de recurso, a Recomendação ministerial consiste em ato unilateral, sumário, singular, solitário e irrecorrível, de estrita e total responsabilidade do Ministério Público, que é seu titular exclusivo.

Em razão disso, uma das pedras de toque de qualquer Recomendação é o pleno domínio fático e jurídico, pelo membro do Ministério Público responsável por sua expedição, da situação sob análise, pois não se concebe que Recomendações sejam expedidas de forma açodada e desprovidas de cabal fundamentação. Por guardar natureza de ato administrativo enunciativo, a Recomendação pressupõe o preenchimento de requisitos próprios, sob pena de invalidade.

A Recomendação ministerial, sugerimos, deve ser elaborada de tal forma que, no caso de seu descumprimento injustificado, todos os elementos necessários à sua transformação em petição inicial já estejam nela presentes, de forma a propiciar, com máxima celeridade, a provocação do Poder Judiciário por meio da ação cabível, seja cível ou criminal.

Exatamente em decorrência do acima exposto, a fim de não gerar exposição indevida e até mesmo descrédito para o Ministério Público, deve-se evitar a expedição de Recomendações ministeriais em casos de latente discricionariedade ou ampla liberdade de decisão por parte do destinatário (que nem sempre será um agente público).

Com efeito, há de se ter comedimento no uso do instrumento da Recomendação, que não pode ser banalizado ou desvirtuado a ponto de servir de pretexto para o membro do Ministério Público se arvorar em verdadeiro administrador, o que de fato e de direito não lhe é possível, tampouco recomendável.

No âmbito interno, por se tratar de típico ato de órgão de execução, a Recomendação ministerial, como instrumento de atividade do *ombudsman*, pressupõe a atribuição executiva para a sua expedição, que não pode ser exercitada solitariamente por órgãos auxiliares, a exemplo dos Centros de Apoio Operacional (art. 33, V, da Lei 8.625/93).

É preciso reconhecer, ainda, que a Recomendação não pode servir de instrumento para externar vontades pessoais ou estar fundada exclusivamente em concepções individuais do agente responsável pela sua expedição, que, como membro do Ministério Público, tem o dever de agir de forma impessoal, técnica e fundamentada exatamente para assegurar o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, o que constitui a própria finalidade do *ombudsman*.

Enfim, o instrumento da Recomendação ministerial é uma valiosa ferramenta para o desempenho, pelos promotores de Justiça, de suas graves responsabilidades em prol dos direitos e interesses da coletividade.

A Recomendação será tanto mais respeitada e melhor acolhida pelos seus destinatários quanto maiores forem o equilíbrio, a imparcialidade, a ponderação, o conhecimento, o poder de persuasão e os fundamentos fáticos e jurídicos demonstrados pelo órgão do Ministério Público responsável por sua expedição.

Referências Bibliográficas:

ADDINK, Henk. The ombudsman as the fourth power on the foundations of ombudsman law from a comparative perspective. In: STROINK, Frits. VAN DER LINDEN, Eveline. Judicial Lawmaking na Administrative Law. Oxford: Intersentia Antwerpen. 2005. p. 269-291.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral e ALMEIDA, Gregório Assagra. O movimento do acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação. Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público/Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 41-73.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A Recomendação Ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: Temas Atuais do Ministério Público. Salvador. JusPodivm. 6ª Edição. 2016. P. 787-829.