

DIREITO INSTITUCIONAL

A RECOMENDAÇÃO NO ÂMBITO DO INQUÉRITO CIVIL: BREVES NOTAS SOBRE O INSTITUTO

Luciano de Faria Brasil

Promotor de Justiça/RS

Introdução

O instituto da recomendação expedida pelo Ministério Público tem paulatinamente encontrado seu espaço na prática cotidiana de seus agentes, e seu uso cada vez mais freqüente é atestado nos expedientes que chegam ao Conselho Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul para as finalidades previstas no art. 9º, § 3º, da Lei n.º 7.347/85. Da mesma forma, também a mídia impressa e televisionada tem contribuído para a difusão de informações sobre o uso desse instituto por parte do Ministério Público, noticiando sua utilização em casos de vulto, como o caso das fraudes na construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (em que o atendimento à recomendação, aliás, teria evitado o imenso dano ao patrimônio público e à credibilidade do Poder Judiciário).

Diante de tal quadro, impõe-se um estudo mais sistemático acerca das possibilidades, no âmbito do Ministério Público, do exercício do *poder de recomendar* fixado em nossa legislação. Cumpre delimitar a forma e a substância do instituto, traçando brevemente sua genealogia, identificando suas espécies e explicitando, se existirem, as sanções devidas em razão do não-atendimento das providências recomendadas. À minguada de regulamentação *interna corporis* do instituto, e considerando a exigüidade doutrinária sobre o tema, convém examinar a recomendação à luz da interpretação sistemática da legislação institucional, adicionando a necessária dose de razoabilidade na análise de um tema permeado pela politicidade.

Com efeito, o uso da recomendação, além de constituir mais um modo de controle da legalidade, adentra a esfera da função política do Ministério Público, pois diz com a tarefa de preservação dos princípios constitucionais basilares e dos mais altos valores de organização do Estado. Esse mister há de ser atingido pelo uso dos meios de controle postos à disposição do *Parquet*, observando-se, porém, a necessária articulação dialética entre a *supremacia do interesse público* – buscada pela conduta do Ministério Público – e a cláusula constitucional de *independência e harmonia entre as funções de Estado*¹ – valor estruturante de nossa organização política.

Assim, pode-se vislumbrar o uso da recomendação não só como um instrumento de recomposição da legalidade pela via argumentativa e consensual, mas também como mais um elemento essencial no sistema de “freios e contrapesos”, base de nossa sistematização política. Mais do que preservar a ordem jurídica, trata-se aqui de limitar o poder para assegurar a liberdade², reforçando o arranjo institucional da divisão funcional do Estado.

1. Origens

O exame das matrizes conceituais da legislação atinente à recomendação aponta claramente a vinculação desse instituto à função de *ombudsman*, i.e., à função de defensor do povo. Essa atribuição está expressamente prevista na própria Constituição da República em seu art. 129, inciso II, quando comete ao Ministério Público o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Assim, compete ao *Parquet* defender os interesses populares em face de autoridades e serviços públicos apontados por reclamações da população.

A função de defensor do povo quedou consagrada na figura do *ombudsman*, agente que, na legislação escandinava, tem a missão de

¹ Sobre tal cláusula-parâmetro, prevista em nosso sistema presidencialista, e também sobre o princípio da separação dos poderes, ver Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*, p. 13-20.

² Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do estado*, p. 182.

fiscalizar o Poder Público. A função encontra suas raízes na Constituição sueca de 1809, que criou a figura do *justitieombudsman* (comissário de justiça), alcançando posterior desenvolvimento organizacional naquela nação e alastrando-se pelos mais distintos países europeus. A esse respeito, ponderam os doutrinadores:

“Qualquer que seja a denominação que venha a lhe ser atribuída, *ombudsman*, protetor parlamentar, corregedor, ouvidor etc., o servidor público que desempenhar tal *munus* atuará como ponto de convergência de críticas, denúncias e sugestões, devendo providenciar a extração de seu sumo e, posteriormente, encaminhar recomendações de aperfeiçoamento aos respectivos órgãos, isto sem prejuízo da remessa dos elementos necessários aos agentes responsáveis pelo controle repressivo.

(...)

Além de contribuir para a manutenção da atividade estatal nos trilhos da juridicidade, o *ombudsman* desempenha importante papel no estreitamento das relações entre administração e administrados, atuando como elemento de equilíbrio e aproximação entre os anseios da comunidade e os deveres do Poder Público, sempre em busca da concreção do princípio da eficiência”³.

Apesar das tentativas de criar-se um *ombudsman* à parte, separado do Ministério Público⁴, acabou-se por prestigiar a tradição jurídica brasileira, incorporando as funções de defensor do povo ao rol constitucional de atribuições do *Parquet*. Como bem salientou a crítica abalizada, é desnecessário criar novos organismos sem autonomia e independência, sendo melhor conferir efetivos instrumentos de trabalho e garantias concretas ao Ministério Público para a proteção das liberdades e direitos individuais e coletivos⁵.

³ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, p. 81.

⁴ Neste sentido, observe-se o teor do art. 56 do anteprojeto constitucional redigido pela Comissão de Notáveis (Comissão Afonso Arinos), bem como a criação da Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão (CODIC), órgão subordinado ao Poder Executivo, em dezembro de 1986.

⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 225.

Dentro desta função genérica de *ombudsman* exercida pelo Ministério Público é que se inscreve o instituto da recomendação, forma habitual, aliás, de expressão da atividade de cunho fiscalizatório desenvolvida por estes agentes nos países escandinavos. Com o uso da recomendação é possível indicar aos entes recomendados as medidas necessárias à sanação de eventuais abusos ou omissões, recompondo-se a legalidade pela via consensual.

2. Modalidades

O instituto da recomendação existe em três modalidades como atividade de atribuição dos órgãos de execução do Ministério Público. Há (a) a recomendação prevista no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93; (b) a recomendação prevista no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n.º 75/93 (aplicável aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93); e (c) a recomendação prevista no art. 201, § 5º, alínea “c”, da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Além dessas modalidades, existe ainda, previsto em legislação sul-rio-grandense, o modo de recomendação inserido no art. 32, inciso IV, da Lei Estadual n.º 7.669/82 (com a redação estabelecida pela Lei Estadual n.º 11.583/01). O mesmo ocorre em relação ao disposto no art. 56 da Lei Estadual n.º 6.536/73 (com a redação estabelecida pela Lei Estadual n.º 11.728/02), havendo inclusive recente edição de súmula a esse respeito por parte do Conselho Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul⁶.

Todavia, pelas suas características e pelo seu objeto, o instituto inscrito na legislação estadual, em qualquer de suas duas previsões específicas, pode ser assimilado à recomendação prevista no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93, não chegando a se constituir em modalidade ou espécie autônoma deste instituto.

⁶ Súmula n.º 13/02: “() descumprimento de disposições normativas (Constituições, Estatuto, Regimento Interno, Resolução, Instrução Normativa, Provimento, etc.), por parte de servidor público, legítima o Ministério Público, por seu Agente Ministerial, a expedir recomendação ao Administrador Público, nos termos do art. 56 e parágrafo único da Lei n.º 6.536/73, com a alteração dada pela Lei n.º 11.728/2002, visando a eficiência da atividade administrativa em benefício da coletividade, sem ofensa ao bem comum”.

Ademais, os mencionados dispositivos estão inseridos em texto legislativo regional, aplicando-se unicamente aos membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Pode-se efetuar uma distinção fundamental no seio das modalidades de recomendação, dividindo-as em dois grupos. Existem as espécies em que há fixação de prazo para a adoção das providências recomendadas, caso das hipóteses previstas no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n.º 75/93 e no art. 201, § 5º, alínea “c”, da Lei n.º 8.069/90; e a recomendação em que não é assinalado o *dies ad quem* para o cumprimento das medidas sugeridas, como ocorre no caso do art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93. Essa diferenciação vale para a determinação das eventuais conseqüências do não-cumprimento da recomendação, tema que será analisado em tópico posterior.

3. Objeto

Assentadas as modalidades e espécies do instituto da recomendação, impõe-se delimitar seu objeto. A análise do campo jurídico coberto pela possibilidade de recomendação indica uma gama extremamente variada a compor o objeto do instituto. De fato, o exame do objeto mostra que a recomendação visa proteger direitos que, em sua larga maioria, estão devidamente constitucionalizados e, portanto, encontram-se sujeitos à especial fiscalização e proteção por parte do Ministério Público.

Destarte, a recomendação fundada no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93 destina-se à **defesa dos direitos assegurados nas Constituições federal e estadual**, podendo ser dirigida (a) aos poderes estaduais e municipais; (b) aos órgãos da administração pública estadual ou municipal, direta ou indireta; (c) aos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; ou (d) às entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

Já a recomendação fundada no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n.º 75/93 (aplicável, no que couber, aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93) objetiva a **melhoria dos serviços públicos e de relevância pública e ao**

respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa compete ao Ministério Público da União. Nesta espécie de recomendação, lembra-se, há a fixação de prazo razoável para que o ente recomendado providencie na adoção das providências cabíveis.

Por derradeiro, a recomendação devidamente inscrita no art. 201, § 5º, alínea “c”, da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), visando à **melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente.** Também nessa modalidade de recomendação ocorre a fixação de prazo razoável para a perfeita adequação dos entes recomendados.

Releva destacar que, em face da constitucionalização de extensas faixas do direito (tutela ambiental, proteção do patrimônio público e cultural, defesa da ordem econômica, organização do sistema de saúde pública, etc.), qualquer agressão aos mandamentos constitucionais postos sobre essas áreas – seja aos princípios, seja às regras⁷ – redundará na efetiva possibilidade do uso da recomendação como instrumento de reposição da legalidade (ou constitucionalidade) ferida. Com isso, amplia-se a utilização do instituto para praticamente todas as esferas de atuação do Ministério Público.

4. Destinatários

Como acima salientado, a recomendação fundada no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93 pode ser dirigida aos poderes estaduais e municipais; aos órgãos da administração pública estadual ou municipal, direta ou indireta; aos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; ou às entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública. Por seu turno, a recomendação fundada no art. 6º, XX, da Lei Complementar n.º 75/93 (aplicável, no que couber – repisa-se – aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93) tem como destinatários os responsáveis pelos serviços públicos e de relevância pública e pelo respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa

⁷ Sobre a distinção existente entre *princípios* e *regras*, consultar J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 166-183.

compete ao Ministério Público da União. Da mesma forma, a recomendação inscrita no art. 201, § 5º, alínea “c”, da Lei n.º 8.069/90 tem por alvo os responsáveis pelos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente.

Do exame sobre os sujeitos passivos do instituto resulta claro que a recomendação pode ser exercida em face de toda a gama de serviços públicos que compõe a atividade estatal e paraestatal. Além disso, alcança também os serviços de relevância pública, alargando consideravelmente o âmbito de utilização do instituto, pois a caracterização de tais atividades desborda em muito do conceito *stricto sensu* de serviço público, na acepção tradicional.

Entre as atividades que podem ser encaixadas nesta rubrica, *v.g.*, inclui-se a prestação dos serviços de saúde, ainda que por ente privado, por força do mandamento contido no art. 197 da Constituição Federal⁸. Na mesma seara estão os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, que, embora sejam entes de caráter privado, exercem seu mister por delegação do poder público (fato que por si só autorizaria o uso da recomendação), conforme a Lei n.º 9.649/98⁹, com indiscutível relevância pública.

Por derradeiro, tendo em vista a natureza não-criminal do instituto da recomendação, tema que será desenvolvido em tópico *infra*, salienta-se que a expedição de recomendação para autoridades que detenham foro privilegiado em processos judiciais, comporta solução semelhante à existente nos processos cíveis. Haverá o deslocamento de atribuições para o Chefe da Instituição¹⁰, no tocante ao poder-dever de recomendar, apenas nas hipóteses em que o ajuizamento e a

⁸ “Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

⁹ Veja-se o texto da aludida legislação: “Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa”.

¹⁰ Que poderá, entretanto, delegar tais atribuições, próprias de órgão de execução, a outro membro do Ministério Público, na forma do art. 29, inciso IX, da Lei n.º 8.625/93, e conforme as respectivas legislações estaduais (no caso do Rio Grande do Sul, na forma do art. 25, inciso LIX, da Lei Estadual n.º 7.669/82, com a redação dada pela Lei Estadual n.º 11.350/99).

condução do processo cível respectivo (i.e., do feito cível fundado na situação que enseja o exercício do ato de recomendar) estivesse a cargo daquela autoridade dirigente do Ministério Público¹¹.

5. Natureza Jurídica

Com relação à natureza jurídica da recomendação, cabe distinguir *ab initio* entre dois aspectos internos da totalidade jurídica que compõe o instituto: a qualidade intrínseca do ato de recomendar e o cerne da própria recomendação. Quanto ao primeiro aspecto, parece não haver dúvida de que se trata, segundo a expressão empregada amiúde na doutrina, de um *poder-dever*, até porque a legislação usa os termos “cabe”¹², “compete”¹³, “poderá”¹⁴ para referir-se à atribuição de recomendar, indicando claramente a idéia de uma *função* a ser exercida pelo Ministério Público.

Como salientado por prestigiada lição doutrinária, o eixo metodológico do direito público gira em torno da idéia de dever, não da idéia de poder. O poder é instrumental, meio para que se cumpra aquele dever, atingindo-se a finalidade legal. Caracteriza-se, assim, como uma **função** no sentido jurídico do termo, pois existe uma situação jurídica, assinalada por um comando normativo, com uma finalidade a cumprir, mediante o manejo de certos poderes¹⁵.

O exercício desse poder-dever, da função jurídica em exame, expressa-se em uma conduta, o ato de recomendar. Tal ato tem duas características distintivas. A primeira é a sua **natureza não-criminal**, pois o instituto da recomendação encontra guarida no âmbito da tutela extrapenal exercida pelo Ministério Público. Embora o não-

¹¹ Na espécie, salienta-se a edição da Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, modificando a competência por prerrogativa de função quanto às autoridades que deveriam responder perante Tribunais por crimes comuns e de responsabilidade. A prerrogativa de foro prevalece mesmo após a cessação do exercício da função pública, e se aplica também às ações de improbidade fundadas na Lei n.º 8.429, editada em 02 de junho de 1992.

¹² Art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n.º 8.625/93.

¹³ Art. 6º, XX, da Lei Complementar n.º 75/93.

¹⁴ Art. 201, § 5º, alínea “c”, da Lei n.º 8.069/90.

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, p. 13-16.

atendimento da recomendação possa ter conseqüências na seara criminal, o instituto guarda evidente nexos com os demais instrumentos para a tutela dos interesses metaindividuais, como o inquérito civil e a ação civil pública. Junto a tais instrumentos, na esfera não-criminal, é que a recomendação deve ser localizada.

A outra nota distintiva da recomendação, no que pertine à sua essencialidade jurídica, é o seu **cuinho administrativo**. Já não há dúvidas quanto à natureza intrinsecamente administrativa das funções exercidas pelo Ministério Público, até mesmo em razão do critério residual, “pois promover a execução das leis não é atividade legislativa nem jurisdicional”¹⁶. Por este viés, o ato de recomendar emanado do Ministério Público só pode ser um ato administrativo. Assim, submetese tal ato à exigência de reunião dos elementos necessários para sua caracterização, bem como dos pressupostos habituais de perfeição, vigência, validade e eficácia¹⁷.

6. Forma

A legislação é omissa quanto à forma da recomendação, sendo óbvio, porém, que será dada em *documento escrito*, merecendo também resposta por escrito, como preceitua o art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93. Sabe-se que não há regulamentação administrativa do *ato de recomendar*, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; no entanto, algumas diretrizes de forma podem ser estabelecidas com base na interpretação sistemática da legislação vigente.

Assim, destaca-se que a recomendação deve conter um relatório (histórico da questão em exame), uma fundamentação (suportes fáticos e jurídicos da medida) e uma conclusão (a recomendação propriamente dita). Aplica-se ao instituto a regra do art. 43, inciso III, da Lei n.º 8.625/93¹⁸, entendendo-se em sentido lato a locução ‘pronunciamentos

¹⁶ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 68.

¹⁷ A esse respeito, ver Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, p. 152-160.

¹⁸ Art. 43 – São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: (...) III – indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal; (...).

processuais'. A recomendação, à semelhança das manifestações em feitos judiciais, é também uma *peça de convencimento*, e, portanto, deve conter os fundamentos legais e, acima de tudo, *argumentação suficiente*¹⁹ para que o destinatário seja levado à consecução voluntária das medidas sugeridas.

Destarte, atendendo ao mandamento de que será formalizada em documento escrito (art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93), a recomendação tomará necessariamente a forma de um **ofício** dirigido à pessoa ou ente destinatário da manifestação. A missiva deverá atender aos requisitos usuais de elaboração gráfica e estrutural, contendo os elementos comuns à espécie, estabelecidos em preceitos técnicos da ABNT.

7. Procedimento

Como se constata pelo exame da legislação aplicável à matéria, não há disciplina procedimental no tocante à expedição de recomendações. É necessário, pois, extrair da sistemática do inquérito civil, do texto legal e da letra constitucional algumas diretrizes de procedimento, identificando como proceder na materialização do instituto. Nesta quadra de idéias, é interessante e conveniente conhecer o ensinamento doutrinário sobre o tema:

“Para que o Ministério Público expeça uma recomendação, primeiramente deve investigar os fatos, inteirando-se do problema e de suas conseqüências; deve colher informações técnicas adequadas e, ao final, poderá apontar as falhas e diagnosticar sua correção.

O meio adequado para chegar ao fim desse processo será de regra o inquérito civil, podendo valer-se da realização de audiências públicas.

Normalmente o inquérito civil termina com a propositura da ação civil pública ou, em caso contrário, com seu próprio arquivamento (por falta de base para a propositura da ação, ou por ter havido prévio compromisso de ajustamento). Entretanto, pode ocorrer que, em face do caso concreto, ao fim do inquérito civil o membro do Ministério Público entenda

¹⁹ São os *consideranda* prévios à recomendação propriamente dita.

suficiente expedir recomendações; também poderá fazê-lo à vista do que vier a ser apurado em audiências públicas, seguindo, aliás, solução preconizada pelo próprio legislador²⁰.

À vista do exposto, resta claro que a recomendação apenas pode surgir de um **inquérito civil**, de **peças de informação** ou de um **termo de audiência pública**. A recomendação sempre deve ter origem em documentação, seja em uma investigação do Ministério Público, seja em uma manifestação da comunidade. Assim, não se admite que a recomendação brote apenas da percepção subjetiva do Promotor de Justiça, desacompanhada de documentos que comprovem essa impressão do agente ministerial. Deve haver certo lastro probatório a fundamentar o exercício do ato de recomendar.

Outrossim, não se tratando de matéria reservada ou sigilosa, é interessante cientificar os demais órgãos de fiscalização do ente destinatário da recomendação, para auxiliarem no controle do cumprimento das providências indicadas. Se, por exemplo, uma autoridade municipal é recomendada ao cumprimento de seus deveres legais em matéria ambiental, convém informar os órgãos de fiscalização ambiental sobre tal medida. Somente com este concurso dos entes interessados é que a recomendação ganhará efetividade.

Da mesma forma, é prudente enviar cópia da recomendação ao respectivo Centro de Apoio Operacional, garantindo a publicidade do ato no plano institucional. Para tanto, no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul, basta interpretar sistemática e compreensivamente o teor do art. 25 do Provimento n.º 06, editado pelo Procurador-Geral de Justiça em 23 de outubro de 1996, pois aquele ato normativo só não previu a recomendação em face da ausência de regulamentação administrativa do instituto.

Por derradeiro, salienta-se que deve ser evitada a banalização do instituto. Sugere-se o uso deste instrumento apenas quando houver possibilidade efetiva de resolução do problema pela via da recomendação, quando for necessário para marcar a ciência do destinatário sobre a situação apontada pelo Ministério Público ou quando for preciso delimitar claramente uma situação de improbidade administrativa, conforme se examinará mais adiante.

²⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 335.

9. Conseqüências (I)

Como é evidente, a não-adoção das providências indicadas na recomendação, por parte do destinatário, ensejará, em regra, a propositura da ação civil pública ou da ação civil prevista na Lei n.º 8.429/92. Cumpre, portanto, **esclarecer as exatas conseqüências do descumprimento do instituto**, destacando o que possa reforçar a pretensão do Ministério Público à obtenção das medidas sugeridas²¹. A matéria é tratada por Hugo Nigro Mazzilli²², que assinala dois aspectos: primeiro, a **força moral** insita às recomendações; depois, a **força política**²³ inerente à Instituição, dado que os membros do Ministério Público são agentes políticos originários, e sua atuação “tem caráter político, pois diz respeito à interferência no modo de conduzir os assuntos de interesse do Estado e dos cidadãos”²⁴.

Destarte, um efeito direto dessa força moral e política é proporcionar a *comprovação documental* da ausência de boa-fé da pessoa ou ente destinatário que, mesmo tendo recebido a recomendação, continuou a proceder ilicitamente. Nesse passo, o instituto assemelha-se à notificação²⁵: uma vez comunicado do

²¹ Antes, porém, de adentrar-se no exame da eficácia da recomendação e dos possíveis efeitos de seu não-atendimento, lembra-se a existência de setores – inclusive no seio do Ministério Público – que consideram a recomendação como um ato destituído de toda e qualquer conseqüência prática (“não vale nada”). Nesse sentido, ver matéria jornalística publicada n’*O Estado de São Paulo*: <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2000/04/23/pol822.html>.

²² Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 337-338.

²³ Ambos os aspectos foram ressaltados por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, p. 519: “Não obstante, como sabido, tais recomendações não gozam de coercibilidade, tendo um valor muito mais moral e político que, propriamente, jurídico. A conveniência de sua utilização, assim, ficará sujeita à análise discricionária do Ministério Público, que deverá avaliar se, concretamente, dadas as peculiaridades da hipótese, a recomendação será capaz, ou não, de atingir a finalidade desejada, que é a prevenção do dano” (grifou-se).

²⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 338.

²⁵ Veja-se o conceito da doutrina, conforme Carlos Alvaro de Oliveira e Galeno Iacerda, *Comentários ao código de processo civil*, v. VIII, t. II, p. 280: “Na notificação, mais se pretende dar a conhecer do que a exigir, embora instando a atividade do notificado, positiva ou negativa. Exigir é próprio da interpelação, em que há instância, solicitação”. Traçando-se um paralelo grosseiro com o instrumental próprio do Ministério Público, pode-se dizer que a notificação corresponderia à recomendação, enquanto a interpelação corresponderia à requisição.

conteúdo da recomendação, não poderá o destinatário escudar sua conduta no desconhecimento prático de suas conseqüências – ou seja, não poderá invocar a boa-fé em seu comportamento. Esse efeito comunicativo é comum a todos os modos de recomendação.

Assentada essa **eficácia fundamental** da recomendação, cumpre avançar na análise, indagando sobre os demais efeitos do instituto em sua utilização, se eventualmente existirem. Assim, é necessário examinar as hipóteses referentes (i) à existência de discricionariedade da atuação do administrador, (ii) à necessidade de colaboração de terceiros para a implementação das medidas e (iii) à possibilidade de imposição (ou sugestão) de prazo ao destinatário para o cumprimento das medidas ou providências recomendadas.

9. Conseqüências (II)

Discricionariedade. Quando a lei possibilitar o exercício de apreciação discricionária em relação a algum dos aspectos que compõem ou condicionam o ato administrativo²⁶, parece evidente que a recomendação expedida em relação a esses aspectos terá apenas um sentido de alerta para a melhor preservação do interesse público no caso concreto. Haverá tão-só o efeito de cunho comunicativo, notificativo, marcando a efetiva ciência do administrador quanto aos *consideranda* e razões do agente do Ministério Público. Outra, porém, será a hipótese de uma recomendação objetivando a preservação dos aspectos vinculados do ato administrativo. Em tal caso, o atendimento à recomendação seria – na prática – verdadeiramente obrigatório, pois necessário não só para garantir o interesse público, mas também ensejar o próprio cumprimento das exigências legais quanto ao ato. Assim, cogitar-se-ia, nessa hipótese, de efeitos mais gravosos para o não-cumprimento das providências recomendadas.

Dependência de terceiros. Da mesma forma, nas hipóteses em que o cumprimento das medidas recomendadas dependa do concurso de outros entes ou órgãos, públicos ou privados, que não se achem em relação de subordinação direta com a pessoa recomendada, também está claro que a recomendação terá apenas a aludida eficácia

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ob. cit.*, p. 18.

comunicativa. Não seria exigível pretender-se a imediata adoção de medidas por parte do destinatário se este não possui o controle pleno do processo de implementação dessas providências. *A contrario sensu*, é possível cogitar de efeito mais severo se estiver inteiramente em mãos do destinatário o pronto cumprimento do objeto da recomendação.

Prazo. Como sobredito, em alguns casos há fixação de prazo para a adoção das providências recomendadas (e.g., as hipóteses previstas no art. 6º, XX, da Lei Complementar n.º 75/93 e no art. 201, § 5º, alínea “c”, da Lei n.º 8.069/90), enquanto em outros não há a necessidade de assinalar o *dies ad quem* para o cumprimento das medidas sugeridas (caso do art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n.º 8.625/93). Em face do vetusto princípio de interpretação segundo o qual não se presumem palavras inúteis na lei²⁷, é evidente que há de resultar alguma conseqüência prática para esta distinção quanto à possibilidade de imposição de prazo para a recomendação. No caso, a indicação de prazo para a execução das medidas indica claramente um grau de cogência mais elevado em relação às hipóteses que não contemplam essa possibilidade.

10. Conseqüências (III)

Pelo exposto, sem fugir à característica de brevidade que revestem essas notas, que nada mais buscam do que conclamar os mais doutos à pesquisa de um tema institucionalmente relevante, vislumbra-se a presença de uma **eficácia fundamental**, de natureza comunicativa, de dar a conhecer as razões do Ministério Público e instar a atividade do ente recomendado, positiva ou negativamente. Outrossim, em razão da índole assemelhada à da notificação, há a comprovação documental da ciência do ente destinatário: uma vez comunicado do conteúdo da recomendação, não poderá o destinatário pretextar a

²⁷ Sobre esse tema, veja-se o tradicional brocardo jurídico, na anotação e comentário de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 250:

“*Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis.’ Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.’

As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”.

ignorância das conseqüências de seu comportamento. Esse efeito, frisa-se, é comum a todos os modos de recomendação.

Além dessa eficácia básica do instituto, foram analisadas três situações, relativas à existência de discricionariedade da atuação do administrador público, à necessidade do concurso de terceiros para a implementação das medidas e à possibilidade de imposição de prazo ao destinatário para o cumprimento das providências recomendadas. Em todas essas hipóteses, cogitou-se eventualmente de um maior grau de imperatividade no exercício do poder de recomendar. Assim, é possível conceber um caso em que (1) a atividade do administrador seja inteiramente vinculada, (2) não exista necessidade do concurso de terceiros para a implementação das medidas e (3) esteja prevista a possibilidade de imposição de prazo para o cumprimento das providências recomendadas.

Ora, em uma tal situação, parece que o descumprimento da recomendação deve acarretar conseqüências severas para o destinatário. É o caso do gestor público que não dá cumprimento à lei, embora seja seu dever executá-la e não dependa, no caso, do concurso de outros entes para a essa tarefa. Instado pelo Ministério Público ao cumprimento da lei, com indicação de prazo para fazê-lo, o administrador público queda inerte, em afronta clara ao interesse público. Nessa hipótese, é até natural cogitar-se da caracterização de *ato de improbidade administrativa*, pois o gestor público, além de perseverar na ilegalidade, embora veementemente alertado quanto a isso, obrou – no mínimo – com manifesta incompetência²⁸, deixando dolosamente de recompor a legalidade e de salvaguardar corretamente o interesse público. A matéria comporta um debate mais aprofundado, o que, como dito anteriormente, refoge à proposta deste breve estudo. Contudo, registra-se a possibilidade, em nossa óptica, de responsabilização pessoal do agente público em casos específicos de não-atendimento à recomendação expedida pelo Ministério Público.

²⁸ Lembra-se o magistério de Fábio Medina Osório, *Improbidade administrativa*, p. 82: “Será qualquer ilegalidade que poderá ensejar configuração da improbidade administrativa? Saliente-se, evidentemente, que apenas os atos que, além de ilegais, se mostrarem fruto da desonestidade ou **inequívoca incompetência do agente público**” (grifou-se).

11. Conclusões

Com o advento da Carta de 1988, o instituto da recomendação integrou-se na estrutura normativa de atuação do Ministério Público. A escala de prioridades instituída no plano principiológico pela Constituição Federal, assim como o novo desenho institucional do *Parquet*, culminaram por conferir redobrada importância às atribuições extrajudiciais exercidas pelo Ministério Público. Essa forma de controle da legalidade, própria da função de *ombudsman* levada a cabo pela Instituição, é mais uma das tantas maneiras de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, deveres impostos pelo art. 127 da Lei Fundamental.

Todavia, para a consecução de tais misteres, o Ministério Público deve abandonar o modelo *demandista*, que tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário, caracterizando-se como mero agente processual²⁹. Ao invés de um Ministério Público dependente do Poder Judiciário – que, aliás, usualmente responde mal às demandas fundadas em legislação de cunho democratizante e *pro populo* – deve-se transitar para um modelo de Ministério Público *resolutivo*, transformando-se em efetivo agente político e superando a perspectiva meramente processual da sua atuação³⁰. Para tanto, o Ministério Público deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos, constituindo-se os procedimentos administrativos e os inquéritos civis em instrumentos aptos para tal finalidade³¹.

Como salientou o jurista dotado de perspectiva crítica, é politizando e desjurisdicinalizando a sua atuação que “o Ministério Público estará apto a cumprir a função mediadora que o mundo contemporâneo requer, habilitando-se como agente privilegiado da luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania”³². Só com um Ministério Público social e politicamente atuante é que os problemas que afligem a população poderão ser enfrentados, e a recomendação é um dos tantos institutos jurídicos à disposição.

²⁹ Marcelo Pedrosa Goulart, *Ministério Público e democracia: teoria e praxis*, p. 119.

³⁰ Marcelo Pedrosa Goulart, *Ob. cit.*, p. 121.

³¹ Marcelo Pedrosa Goulart, *Ob. cit.*, p. 121.

³² Marcelo Pedrosa Goulart, *Ob. cit.*, p. 122.

Neste sentido, o instituto da recomendação, como forma de resolução consensual e argumentativa de questões metaindividuais, apresenta-se especialmente conformado para tal modo de atuação do Ministério Público. Antes da jurisdicionalização do conflito, abre-se espaço à solução construída no consenso e no diálogo, utilizando-se os instrumentos do compromisso de ajustamento, *quando possível*, e da recomendação, *quando necessário e potencialmente eficaz*.

Para a boa utilização do instituto, fica o desafio à capacidade de argumentação e convencimento dos membros do Ministério Público no seio de um regime democrático e de um Estado de Direito. É preciso preencher as lacunas da ordem legal, aproveitando os espaços da institucionalidade democrática para fazer avançar a consolidação democrática desejada pela população brasileira. Se o instituto da recomendação puder servir, ainda que minimamente, à construção de uma ordem política e social mais sólida e equilibrada, deve ser manejado com afincamento pelo *Parquet*, a quem, mais uma vez, é posta a tarefa da vigilância das práticas jurídicas e políticas nacionais.

Resta também o desafio à Administração Superior da Instituição. Não é desejável que os membros do Ministério Público continuem a expedir recomendações e a atuar sem parâmetros definidos *interna corporis*, muitas vezes correndo riscos em sua própria atuação funcional. Com frequência, os órgãos de execução valem-se apenas da letra fria da lei e de seu próprio bom-senso quando do exercício do poder-dever de recomendar. Voam às cegas, sem bússolas institucionais que lhes permitam uma segura orientação quanto ao *como* e *quando* proceder. Assim, diante da dimensão tomada pelo instituto, urge seja ele regulamentado administrativamente, permitindo a sua utilização sem dúvidas ou sobressaltos. É o apelo que se lança aos dirigentes institucionais.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MEILLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1987.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e praxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. 3. ed. rev., ampl. e atual. à luz da LOMPU, LONMP e da LOEMP. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao código de processo civil; lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII, tomo II, arts. 813 a 889*/Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997.