



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DO LIMITE DA UTILIZAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO  
ENQUANTO INSTRUMENTO DE PERSUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO

Pablo Monteiro Lemos

Rio de Janeiro  
2021

PABLO MONTEIRO LEMOS

DO LIMITE DA UTILIZAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO  
ENQUANTO INSTRUMENTO DE PERSUASÃO DO GESTOR PÚBLICO

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2021

## DO LIMITE DA UTILIZAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO DE PERSUASÃO DO GESTOR PÚBLICO

Pablo Monteiro Lemos

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro. Advogado.

**Resumo** – o trabalho apresentado tem por finalidade abordar os limites da utilização da recomendação pelo Ministério Público enquanto instrumento de persuasão do gestor público. O artigo aborda o papel do Ministério Público enquanto órgão de controle do gestor público e o seu limite de atuação frente aos princípios constitucionais. O estudo faz ainda uma análise da nova recomendação - forma de atuação extrajudicial do Ministério Público, de seus limites e poder de persuasão.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Ministério Público. Recomendação. Limites de atuação. Princípio da separação de poderes.

**Sumário** – Introdução. 1. Da atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica frente ao princípio da separação dos poderes. 2. Da forma de atuação e fiscalização do Ministério Público nas escolhas do gestor público. 3. Da utilização do instrumento da recomendação enquanto forma mais eficaz de persuasão do Gestor Público e dos seus limites. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Diante de um novo cenário de Administração Pública consensual, pautada em um controle que, além de reprimir o administrador público, seja voltado para o estímulo na tomada de decisões acertadas e criativas para atender ao interesse público, fez-se necessária a criação de uma nova forma de atuação do órgão constitucionalmente criado como ente fiscalizador da ordem jurídica.

Essa nova forma de atuar do *parquet* foi criada com o condão de estreitar a interação entre o administrador público e o agente fiscalizador, de modo que em uma resolução não adversarial, mas sim cooperativa, possa-se buscar o melhor interesse da coletividade, atendendo ao interesse público em todas as suas formas. Dessa nova relação, surgiu a recomendação, isto é, o ato de recomendar que, nada mais é do que um ato despido de cogência, ou seja, de normatividade. A recomendação se aproxima muito mais de um direito não impositivo (*soft law*), que almeja buscar compromissos voluntários e firmar consensos, do que um ato de reprimenda que até então existia no ordenamento jurídico.

O que se pretende é uma reflexão acerca dessa nova forma de atuação do Ministério Público, buscando-se contornos claros sobre os limites de sua atuação frente ao princípio da

separação dos poderes e ao direito fundamental à uma boa administração pública. Desta forma, ao longo desta exposição percorrer-se-á por questões cruciais como: a atuação do Ministério Público enquanto fiscal da ordem jurídica frente ao princípio da separação dos poderes e o direito fundamental à uma boa administração pública, a possibilidade de interferência do Ministério Público nas escolhas do gestor público e, qual seria o limite da utilização da recomendação como forma de persuasão do administrador público?

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com uma reflexão dos limites de atuação do Ministério Público enquanto fiscal da ordem jurídica, o princípio da separação dos poderes e o direito fundamental à uma boa administração pública, visto que essa atuação não pode se sobrepor a divisão de poderes estabelecida pela constituição pátria, direcionando a atuação, puramente, política e discricionária do administrador público.

Segue-se no segundo capítulo avaliando a forma e o limite de interferência do Ministério Público nas escolhas do gestor público. Além disso, traça-se diretrizes para sua atuação.

Ao término, no terceiro capítulo, correlaciona-se a utilização do instrumento da recomendação e o seu limite de persuasão do administrador público no processo de tomada de decisão. Procura-se detectar se a utilização de uma forma de atuação mais branda e despida de coercitividade será benéfica a coletividade e capaz de persuadir o administrador público.

Por fim, ressalta-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, eis que o pesquisador elege um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente e, para isso, abordar-se o objeto desta pesquisa jurídica de maneira qualitativa, porquanto o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua defesa.

## 1. DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao Ministério Público, no âmbito de suas atribuições institucionais esculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi outorgado o dever de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes constituídos e pelos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo todas as medidas necessárias à sua garantia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22. mar. 2021.

Tamanha atribuição, contudo, não veio acompanhada da figura de Poder da República, embora suas características o sejam inerentes a Poder do Estado. Atualmente, entende-se que o Ministério Público é revestido de natureza jurídica de órgão independente, colocando-se ao lado dos Poderes do Estado – com elevado status constitucional, mas sem integrar nenhum deles.

De outro giro, a Constituição da República, seguindo os clássicos ensinamentos de Aristóteles e de Montesquieu, dividiu os Poderes da República em três grandes órgãos: Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais devem atuar de maneira independente, porém harmônica<sup>2</sup>. Esse princípio insculpido no artigo 2º da Constituição pátria<sup>3</sup>, bem conhecido de todos os operadores do Direito, é cotidianamente o centro da atenção em diversos conflitos, já que por vezes a separação entre fiscalização e independência é uma linha tênue. A complexidade de atuação na atribuição constitucional de fiscalizar é, e sempre será, palco de acaloradas discussões, mas haveria um limite, explícito ou implícito, a essa atuação? Isto é, quando o Gestor Público, no âmbito de suas atribuições toma uma decisão, seu teor pode ser objeto de fiscalização pelo Ministério Público?

Para esse questionamento, faz-se necessário voltar alguns passos para entender o princípio da separação dos poderes. Esse princípio, cunhado por Aristóteles e refinado por Montesquieu, possui o condão de promover a divisão do poder, de modo a se evitar a sua concentração na mão de um único órgão.

Assim, diante desse espírito normativo constitucional, duas conclusões podem ser criadas: i) a existência de um órgão com atribuição de promover a fiscalização na atuação constitucional dos poderes constituídos é meio fundamental para a manutenção da própria existência da República e; ii) a ausência de limitação aos poderes de fiscalização do órgão ministerial acabaria por gerar exatamente o que se pretendeu impedir, a concentração de poder na mão de um único órgão. Em outras palavras, a forma de manutenção do pacto federativo, depende da existência de um órgão capaz de interferir na forma de atuação dos Poderes da República – para se garantir a harmonia e a independência, com poderes de fiscalização limitados a própria estrutura de harmonia e independência prevista pela Carta Magna.

Desta forma, a adoção de pensamento diverso, elevaria o Ministério Público a uma classe de super órgão – remontando aos primórdios da existência de um Poder Monarca, gerando uma indevida concentração de poder e, conseqüentemente, ferindo de morte o pacto federativo e a separação dos poderes. Essa concentração, acabaria por permitir ao órgão ministerial se sobrepor a tomada de decisão política dos demais Poderes da República.

---

<sup>2</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>3</sup> Ibidem.

A fiscalização ministerial, em que pese desejada, também deve ser temida se for exercida fora dos limites constitucionais. O Ministério Público, no desempenho do papel de fiscalizar as ações e as medidas adotadas pelo Gestor Público, deve garantir o alcance do interesse público, sem se interferir na tomada de decisão política – constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, enquanto da função legiferante.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>4</sup>, defende que:

Afirma-se, tradicionalmente (e sem maiores considerações), que ao Poder Judiciário é vedado revogar atos administrativo, por motivos de conveniência e oportunidade, pois a invasão do mérito do ato seria contrária à separação de poderes. Apenas seria admissível, nesse caso, a anulação do ato ilegal.

Neste contexto, faz-se parecer fácil o limite de atuação do Ministério Público enquanto órgão fiscalizador e garantidor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, contudo, na prática, perceber a distinção entre um ato administrativo e um ato de governo, adotado pelo Gestor Público, na escolha de uma medida ao invés de outra, tona-se uma tarefa penosa e cheia de penumbras. A título de exemplo desta árdua tarefa, tem-se a atuação de um Governador de Estado, durante a pandemia do COVID-19, quando da tomada de decisão entre reabrir as escolas ou mantê-las fechadas até o advento de uma vacina. A decisão que vier a ser tomada será considerada um ato administrativo – capaz de gerar a intervenção ministerial, ou um ato de governo – cujo conteúdo político não deva sofrer interferência do Ministério Público?

Novamente, para começar a esboçar uma resposta, traz-se a clássica discussão doutrinária entre ato administrativo e ato de governo. A distinção entre esses atos, remete o leitor à tradicional dicotomia entre função administrativa e função política. Nas precisas lições de Rafael Oliveira<sup>5</sup>:

Os atos administrativos apresentam as seguintes características básicas:

- a) referem-se ao exercício da função administrativa;
- b) são editados pelo Poder Executivo, na função típica, e pelos Poderes Legislativos e Judiciário, nas funções atípicas;
- c) inserem-se no Direito Administrativo.

[...]

Por outro lado, os atos políticos são caracterizados da seguinte forma:

- a) relacionam-se com o exercício da função política;
- b) são editados pelos Poderes Executivos e Legislativos;
- c) integram o Direito Constitucional.

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 71-72.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 311-312.

Com essa lição, agora, de maneira mais fácil, classifica-se o ato do Governador de Estado como um ato político. Isso, contudo, não significa que esse ato não possa ser submetido a controle, visto que a tendência é privilegiar o princípio da inafastabilidade do poder judiciário<sup>6</sup>, o que deu azo, inclusive, ao fenômeno da “judicialização das políticas públicas”.

Esse fenômeno – cujo fundamento de existência de encontra no artigo 1º da Constituição<sup>7</sup>, ao incentivar uma maior intervenção do Estado nas relações sociais, especialmente quando se tratar de direitos fundamentais e sociais, acabou por transformar um antigo controle de legalidade em um abrangente controle de juridicidade, os quais observarão se o ato praticado pelo Gestor Público se compatibiliza com os princípios gerais do Direito, sejam eles expressamente previstos pela Constituição ou dedutíveis de seu espírito. Fala-se hoje no cumprimento de requisitos a edição de um ato político muito mais abrangente que a simples legalidade, abarcando-se o direito fundamental à boa administração pública.

Nessa toada, defende-se que, hoje, o papel do Ministério Público, até então restringido a fiscalização e ao controle dos atos administrativos, ultrapassa os paradigmas – a muito tempo existentes, da observância da legalidade dos atos, adotando-se contornos cada vez mais impactantes na coletividade, de modo a assegurar o direito fundamental à uma boa administração pública – que nas palavras de Juarez Freitas<sup>8</sup>, corresponde a uma administração:

eficiente, eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Todavia, como será realizada essa forma de interferência do Ministério Público nas escolhas do Gestor Público, enquanto adoção de políticas públicas? O parquet não está subordinado, pura e simplesmente, a análise da legalidade do ato do gestor público, pois os postulados que norteiam o direito administrativo e que embasam a edição de qualquer ato pelo Poder Executivo não estão retidos à legalidade.

A atuação da Administração Pública, em uma concepção liberal e antes do pós-positivismo, estava vinculada a edição de um ato meramente legal<sup>9</sup>. Entretanto, quando se cria entraves a um poder de fiscalização adequado (e não ilimitado), dá-se margem à violação de direitos e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito. É necessário sopesar o

---

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 38-40.

modo de fiscalização desse órgão essencial à República com o atuar discricionário do gestor público.

## 2. DA FORMA DE ATUAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ESCOLHAS DO GESTOR PÚBLICO.

Nesse contexto, de novo panorama doutrinário e jurisprudencial e da necessidade, cada vez maior, de se socorrer do Poder Judiciário para garantir o exercício dos direitos fundamentais, esculpindo-lhes a força normativa necessária a implementação de políticas públicas previstas pela carta magna, mostrou-se imprescindível a atuação crescente dos atores jurídicos para a exploração e derrubada das fronteiras existentes na implementação desses objetivos sociais e coletivos que demandam do Poder Público uma atividade programada e de ampla escala. À luz do novo papel que lhe foi conferido, o Ministério Público tem, desde 1985 – com o surgimento da Lei de Ação Civil Pública e, posteriormente, em 1990, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, buscado através dos instrumentos processuais coletivos concretizar a implantação de políticas públicas.

Políticas públicas essas que tem como objeto uma coletividade previamente definida, isto é, um instrumento político-legislativo adequado ao tratamento sistemático de questões submetidas a apreciação do Poder Judiciário. E para que se busque a clareza necessária no que consiste esse amplo conceito Políticas Públicas, apresenta-se uma definição<sup>10</sup>:

Política pública é o programa governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Em outras palavras, são programas de Estado, enunciadas e implementadas por diversos atores políticos, tendo como ator principal a Administração Pública, de prioridade constitucional cogente. Nas precisas palavras de Juarez Freitas<sup>11</sup>:

- a) São programas de Estado Constitucional (mais do que de governo)
- b) São enunciadas e implementadas por vários atores políticos, especialmente pela Administração Pública; e
- c) São prioridades constitucionais cogentes. Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades

<sup>10</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas - Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>11</sup> FREITAS, op. cit., nota 8, p. 33-34.

estatuídas pela Carta, cuja normatividade depende de positivação final (insubstituível) pelo administrador.

Não por outro motivo que o processo judicial contemporâneo, como se conhece, vem evoluindo em ritmo constante, porém lento, para buscar a agregação de interesses coletivos, seja sob a forma de direitos difusos ou coletivos ou de direitos individuais homogêneos. Assim, esses interesses coletivos, instrumentalizados através da adoção de políticas públicas, quando não instituídos gradual e voluntariamente pelo gestor público devem ser objeto de controle judicial, o qual utilizando-se de um regime processual próprio de prestação de informações pelo Poder Público, fixará prazos escalonados para o cumprimento de obrigações que se não coincidirem com a implementação integral da política pública, sedimentarão passos sem volta nessa direção.

Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci<sup>12</sup>:

Não por acaso, o processo judicial moderno tem evoluído no sentido de buscar a agregação de interesses, seja sob a forma dos direitos individuais homogêneos, ou direitos coletivos ou difusos. Por essa razão, as ações coletivas e as ações cujas decisões têm efeitos contra todos são mais afeitas ao controle judicial das políticas públicas ou das obrigações de fazer subjacentes a políticas públicas idealmente concebidas.

Seria de se cogitar de um regime processual específico de prestação de informações pelo Poder Público legitimado no pólo passivo, ao qual se seguiria a concessão de prazos escalonados para obrigações de fazer que, se não correspondessem ao implemento integral da obrigação, consolidariam passos irreversíveis em direção a tal, segundo a dinâmica a que é induzido o próprio ente público.

Contudo, curiosamente, mesmo com a sedimentação da jurisprudência pátria, no sentido da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implantação de políticas sociais, com a existência de um tímido microssistema de tutela coletiva, que como o próprio nome já diz, micro, e com a atuação constante de importantes atores da sociedade – aqui cita-se a Defensoria Pública e o Ministério Público, o maior problema enfrentado na judicialização das políticas públicas é a falta de procedimento adequado para seu enfrentamento.

Escassez procedimental essa que é facilmente verificada nas limitadas formas de atuação disponíveis ao Ministério Público no âmbito do microssistema das tutelas coletivas. Atualmente, as formas de atuação e fiscalização do Ministério Público nas escolhas do gestor público são limitadas aos procedimentos previstos no âmbito do direito coletivo, tais como a utilização da Ação Civil Pública, do Inquérito Civil Público, do Termo de ajustamento de

---

<sup>12</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. São Paulo. 2009. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/45236948\\_Control\\_e\\_judicial\\_de\\_politicas\\_publicas\\_possibilidades\\_e\\_limites](https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites)>. Acesso em: 06 mar.2021.

Conduta – TAC, Lei de Ação Popular, Ação de Improbidade Administrativa, Mandando de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção Coletivo e, por fim, a Recomendação.

Nesse diapasão, não é forçoso concluir que a implantação eficaz de políticas públicas depende tanto de uma atuação colaborativa do Ministério Público, em seu papel precípua de zelar pelo efetivo respeito dos direitos assegurados pela constituição, e do gestor público, enquanto principal responsável pelo direcionamento das políticas públicas. Tal cooperação visa garantir a toda uma coletividade os direitos e objetivos previstos na carta magna.

É nesse enfoque que o Ministério Público, enquanto instituição, tem evoluído e aprendido. Tem analisado a efetividade das inúmeras demandas judiciais já propostas e a sua efetividade enquanto implementação de política pública.

### 3. DA UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO DA RECOMENDAÇÃO ENQUANTO FORMA MAIS EFICAZ DE PERSUASÃO DO GESTOR PÚBLICO E DOS SEUS LIMITES

Nesse cenário em que se exige cada vez mais a cooperação entre o gestor público e os demais atores da sociedade, em uma visão cada vez mais aprimorada da administração pública consensual, pautada muito mais em estimular a tomada de decisões acertadas e criativas para o atendimento dos interesses públicos do que na simples reprimenda do administrador público, é que se enxerga a crescente relevância do instrumento da Recomendação. A recomendação, de acordo com a resolução nº 165/17 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP<sup>13</sup>, é um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, o qual não possui caráter coercitivo, por meio do qual expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevâncias públicas. Nas exatas palavras de Juarez Freitas, “priorizar a precisa e customizada resolução não adversarial e cooperativa, em lugar da perpetuação deletéria de processos”<sup>14</sup>.

Essa atuação extrajudicial do Ministério Público através da utilização da recomendação poderá se dar em dois grupos de possibilidades. O primeiro se refere ao

---

<sup>13</sup> BRASIL. *Resolução CNMP nº 164/17*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021. Artigo 1º: A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

<sup>14</sup> FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 2017, p. 25-46, n. 276, set./dez. 2017.

enfrentamento de situações em que existam ofensas graves ao ordenamento jurídico, como por exemplo nulidade. Nesta toada, a recomendação funcionaria como um objeto de estímulo ao exercício do direito da autotutela pelo próprio gestor público. Aqui o que se objetivaria seria o retorno do gestor público a atuação consubstanciada na legalidade.

Já no segundo grupo de possibilidades, se percebe um cenário em que não se verifica efetivamente a existência de uma ilegalidade, mas sim a possibilidade de uma interpretação diversa da norma, a qual poderia desencadear um dano ao interesse público. Defende-se que nessas situações em que a norma redigida possui uma textura mais aberta, uma norma que traz os fins que pretende alcançar, mas não seus meios de atendimento. Nessas circunstâncias a recomendação visa, prioritariamente, convencer o gestor público de que existem formas mais adequadas para o atingimento do objetivo almejado.

E são essas conjunturas que causam desconforto. Cenários nos quais a recomendação retrata o exercício e uma competência estabelecida por normas de textura aberta, ampla, e, por vezes, positivada por meio de princípios jurídicos. Enfrentamentos como esse levam a seguinte indagação: Qual é o limite de atuação do Ministério Público nas escolhas tomadas pelo gestor público?

Em casos como esse é que se torna primordial observar que, além da atuação do Ministério Público com vistas a proteger o interesse público e garantir a implementação eficiente de políticas públicas, deve-se respeitar à distribuição constitucional de competências. Deve o órgão de controle respeitar o limite e a esfera de atuação delimitada pelo gestor público. Nesse sentido é a recomendação nº 02/2020-CGNMP<sup>15</sup>:

Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material. Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

---

<sup>15</sup> BRASIL. *Recomendação nº 02/2020-CGNMP*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>>. Acesso em: 22 mar.2021. Art. 2º: Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

Seguindo esse norte e atento às inovações trazidas pela Lei nº 13.655/18<sup>16</sup> – a qual alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, tal cenário se torna mais claro, uma vez que além de se dirigir inicialmente ao gestor público, também se dirige aos agentes controladores, enquanto do dever de fiscalizar. Assim, com base nas alterações realizadas percebe-se que as decisões administrativas e, mais especificamente, os atos de gestão do gestor público devem avaliar concretamente as eventuais soluções, mensurando-se os pros e contras da sua atuação. Percebe-se então que os planos de atuação do gestor público devem estar pautados em observância ao consequencialismo.

Desta forma, o foco de atuação, de controle e de limite de atuação do Ministério Público ultrapassa a simples decisão tomada e passa a englobar todo o processo decisório, cabendo-lhe avaliar se as medidas tomadas foram adequadas e necessárias dentro das diversas hipóteses possíveis para a Administração Pública. Agora a análise das alternativas é colocada em uma peneira de adequação, necessidade e consequências.

Nesse sentido, Fabrício Motta<sup>17</sup> defende que:

O Ministério Público é instituição fundamental e que muito tem contribuído para o alcance dos objetivos da República e para a realização dos direitos fundamentais. A participação do MP como um dos atores em todo o ciclo das políticas públicas tende a enriquecê-las por meio da experiência, credibilidade e *expertise* técnica da instituição. Não existindo ilícito, entretanto, essa participação deve ser marcada por perfil indutor e construtivo, não coercitivo.

Assim, o Ministério Público, enquanto órgão fiscalizador das atividades de gestão do gestor público, deve limitar-se a verificar se as demais alternativas existentes foram devidamente consideradas e analisadas. Inaugura-se uma nova forma de controle, o controle de fiscalização da conformidade. Caberá ao gestor público identificar todas as formas de atingir o objetivo, sopesá-las e então decidir, enquanto ao Ministério Público caberá, posteriormente, a análise das medias analisadas e sopesadas, verificando se outro caminho não se mostrava mais eficaz e com menos consequências, observando-se em todos os casos as reais dificuldades do gestor público, o limite orçamentário existente e as exigências das políticas públicas incumbidas ao seu cargo.

Desta forma, se percebe quão difícil é o trabalho imposto ao Ministério Público, uma vez que enquanto órgão fiscalizador, deve fiscalizar as atividades de gestão do gestor público

---

<sup>16</sup>BRASIL. *Lei nº 13.665*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 06 ago. 2021.

<sup>17</sup>MOTTA, Fabrício. *Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR*. CONJUR. São Paulo, 2009. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var#_ftn3)>. Acesso em: 06 mar. 2021.

sem ferir o princípio da separação de poderes, cuja definição concreta, além de extremamente complexa, repousa em uma tênue linha entre omissão e ativismo. Tal situação, já demasiadamente embaraçada, mostrou-se verdadeiramente ainda mais delicada com as incertezas geradas pela pandemia sofrida em decorrência da propagação sem controle do novo coronavírus. Afinal, os órgãos fiscalizadores devem multiplicar sua atenção quando do efetivo exercício de suas atribuições de controle de modo a evitar a ingerência desmedida nas políticas públicas de saúde relacionadas ao combate ao Covid-19.

A anormal situação enfrentada na área da saúde, pública e privada, em todos os continentes, possui contornos de um cenário pré-apocalíptico, forçando-se os gestores públicos a adotarem medidas sérias, energéticas, contundentes e rápidas para combater qualquer sinal de avanço na propagação do vírus. Contudo, forçoso reconhecer que qualquer caminho de atuação tomado será tormentoso e com severas consequências. São escolhas difíceis, poucas vezes vistas na história da humana e que certamente não estarão de acordo com a ordem jurídica vigente, de forma que se elimina a possibilidade de valoração de critérios de conveniência e oportunidade pelo gestor público e pelos órgãos de fiscalização.

Assim, a criação de políticas públicas de enfrentamento ao problema de saúde existente, focado em contingência da transmissão e cuidado dos infectados, vai muito além da simples discricionariedade de escolha do gestor público quanto à restrição de circulação de pessoas e preparação do sistema público de saúde, devendo ser pautada em recomendações técnico-científicas e fiscalizada *in loco* pelos órgãos de controle e fiscalização e respeitando o espírito democrático. Qualquer inércia ou flexibilização indevida pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário com auxílio do Ministério Público, uma vez que diferentemente dos gestores públicos, que dependem de aprovação de seus atos pela população para se manterem no poder, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário possuem garantias constitucionais para se manterem a par de influências políticas, garantindo, assim, a isenção necessária à tomada de decisões que nem sempre serão simpáticas aos setores econômicos ou a visão da população.

Nesses casos, estando o processo de tomada de decisão do gestor público norteadas por recomendações técnico-científicas em que exista a figura do chamado consenso científico, caberá apenas ao Ministério Público exercer a autocontenção e respeitar o legítimo exercício da competência administrativa mostrando deferência à opção feita pelo gestor eleito, ainda que com ele não se concorde. No entanto, nas situações em que a tomada de decisão do gestor público for norteadas por conceitos científicos em que não existe um consenso científico, ou este

se mostrar contrário aos fatos empíricos, será oportunizado aos órgãos de controle o exercício de suas atribuições de fiscalização. Nesse sentido é a precisa lição de Vanice Valle<sup>18</sup>:

1º) determina o dever do controlador de conhecer os termos da opção administrativa que seja objeto de crivo; 2º) determina ainda ao controlador aferir se a escolha administrativa está sendo executada como formalmente enunciada — e se não está, quais os motivos da modificação; e 3º) determina o dever de que a impugnação à opção administrativa se desenvolva a partir de uma relação dialética para com as razões oferecidas pela Administração para a eleição daquela específica trilha de ação"

No que se refere ao tema, faz-se importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de sete ações diretas de inconstitucionalidade, deferiu medida cautelar para conferir interpretação conforme a constituição à Medida Provisória n 966/200, relativa à responsabilização da atuação de agentes públicos no combate a pandemia do Covid-19<sup>19</sup>:

PLENÁRIO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.421 DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020. DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia

2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

[...]

18 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr., de 2020. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6421 MC/DF*. Relator: Ministro Roberto Baroroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951023&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

6. Teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”

Nesse contexto, deve o órgão do Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais de controle em relação aos atos em que não exista consenso científico, através do uso das recomendações, buscar auxiliar o gestor público para que pautar suas decisões em opiniões técnicas, orientar que as opiniões técnicas levadas ao seu conhecimento tratem expressamente das normas e critérios científicos e técnico aplicáveis à matéria, de acordo com o estabelecido por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, bem como a estrita observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Deste modo, se conclui que tanto a atuação do gestor público, quanto a atuação do Ministério Público, não devem mais ser analisada de forma isolada, devendo cada vez mais serem realizadas em conjunto e em prol do interesse público primário.

Assim, forçoso é reconhecer que em que pese a evolução histórica da doutrina administrativista e da jurisprudência dos Tribunais, que restringiu a esfera de discricionariedade do gestor público na tomada de decisões, as quais devem ser pautadas em critérios científicos e voltadas à preservação da saúde e do interesse público, a atuação de órgãos fiscalizador do Ministério Público não se tornou imune ou absoluta, mas sim restrita ao passo que também deve máximo respeito as escolhas realizadas pelos gestores eleitos. De modo que somente será possível intervir quando não for demonstrado que essas escolhas foram tomadas com base em critérios técnico-científicos.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho foi apresentada a figura e a atuação do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições institucionais postas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no dever de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes constituídos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo todas as medidas necessárias à sua garantia. O objetivo dessa explanação é de embasar a discussão acerca dos

limites de sua atuação quando da persuasão do gestor público no exercício do processo de tomada de decisão.

Como exposto no segundo capítulo, resta evidente que é possível a atuação do Ministério Público, com a intervenção do Poder Judiciário na implantação de políticas sociais através do microssistema de tutela coletiva. Além disso, é perceptível a necessidade cada vez mais acentuada da cooperação entre gestor público e Ministério Público para a implementação eficaz de políticas públicas, de modo a se respeitar tanto os direitos assegurados pela constituição ao gestor público, de ser o responsável pelo direcionamento e pela tomada de decisão de políticas públicas, quanto os direitos da sociedade, também consagrados pela carta magna.

O gestor público deve avaliar concretamente as eventuais soluções, tomando-se como base os pros e contras da sua atuação. Os planos de atuação do gestor público devem estar pautados em observância ao consequencialismo, assim, o foco de atuação, de controle e de limite de atuação do Ministério Público ultrapassa a simples decisão tomada e passa a englobar todo o processo decisório, cabendo-lhe avaliar se as medidas tomadas foram adequadas e necessárias dentro das diversas hipóteses possíveis para a Administração Pública, cada alternativa de decisão é colocada em uma peneira de adequação, necessidade e consequência e observando sempre a existência de conhecimento técnico-científico acerca do tema.

Ante o exposto, a cooperação entre gestor público e os demais atores da sociedade, em uma visão cada vez mais moderna de administração pública consensual, pautada muito mais em estimular a tomada de decisões acertadas e criativas para o atendimento dos interesses públicos, do que na simples reprimenda do administrador público, é que se enxerga a crescente relevância do instrumento da Recomendação. Essa visão é pautada no fato de que a recomendação é um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, o qual não possui caráter coercitivo, por meio do qual expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública.

## REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. São Paulo, 2009. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/45236948\\_Control\\_e\\_judicial\\_de\\_politicas\\_publicas\\_possibilidades\\_e\\_limites](https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites)>. Acesso em: 06 mar.2021.

\_\_\_\_\_. *Políticas Pública - Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.665, de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 06 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Recomendação nº 02/2020-CGNMP*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Resolução CNMP nº 164/17*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 22 mar.2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6421 MC/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951023&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

CASTANHARO, Daniele. *Judicialização das Políticas Públicas: consequencialismo e expansão da autoridade judicial*. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-das-politicas-publicas-consequencialismo-e-expansao-da-autoridade-judicial/>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 2017, p. 25-46, n. 276, set./dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOTTA, Fabrício. *A Recomendações necessária expedida pelo CNMP*. São Paulo, 2020. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/recomendacao-necessaria-expedida-cnmp#\\_ftn10](https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/recomendacao-necessaria-expedida-cnmp#_ftn10)>. Acesso em: 14 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR*. CONJUR. São Paulo, 2009. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var#_ftn3)>. Acesso em: 06 mar. 2021.

NUNES FILHO, Heleno Ribeiro P. *Fiscalizar, julgar e gerir: o desafio da separação de poderes na Covid-19*. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/heleno-nunes-separacao-poderes-contexto-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr., de 2020. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577>>. Acesso em: 14 abr. 2021.