

EVIDENCIAÇÃO DE DOLO E MÁ-FÉ NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

THE RECOMMENDATION OF THE PUBLIC MINISTRY AS A DISCLOSE TECHNIC OF MALICE AND BAD-FAITH IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Gilberto Bomfim²
Renato Maia de Faria³
Rodrigo Cesar Barbosa⁴

RESUMO

O artigo pretende avaliar, por meio do método hipotético-dedutivo, a possibilidade de utilização da recomendação expedida pelo Ministério Público (art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75 de 1993, art. 23, VII, da Lei nº 8.625/93, Resolução nº 164 de 28 de março de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público) como alerta de dolo e má-fé nos atos de improbidade administrativas. Tendo por base o elevado número de absolvições nas ações de responsabilização por atos de improbidade fundamentadas na ausência de dolo e/ou má-fé do sujeito ativo, pretende-se construir, à luz do que já reconhecido pelos Tribunais Superiores acerca dos alertas emitidos pelos Tribunais de Contas (art. 59, §1º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), uma forma de evidenciar o elemento subjetivo dos agentes ímprobos na violação da probidade administrativa por meio da expedição de recomendações na tutela do patrimônio público. Conclui-se que a utilização de instrumentos preventivos no combate aos atos ímprobos, tais como a recomendação administrativa, fortalece uma atuação resolutiva no combate à corrupção e, ao mesmo tempo, robustece o arsenal probatório do demandante no âmbito da ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

¹ Artigo submetido em 01-05-2020 e aprovado em 01-07-2020.

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba - PR, Brasil). Procurador federal, membro da AGU. Endereço eletrônico: g_bomfim@hotmail.com.

³ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Promotor de Justiça. Membro do MPE/SC. Coordenador do Grupo Especial Anticorrupção Núcleo Joinville. Endereço eletrônico: rmaiafaria@hotmail.com.

⁴ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Promotor de Justiça. Membro do MPE/SC. Endereço eletrônico: rbarbosa@mpsc.mp.br.



PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Recomendação. Ministério Público. Alerta. Má-fé. Dolo.

ABSTRACT

This academic paper intends, through the hypothetical-deductive method, to analyze the use of the recommendation issued by the Public Prosecution Service (Article 6, XX, of Complementary Law No. 75 of 1993, Article 23, VII, of Law 8,625 / 93, Resolution No. 164 of March 28, 2017 of the National Council of the Public Prosecutor's Office) as a warning for fraud in improbity conduct. Based on the high number of acquittals in judicial action against improbity conduct fulcrum on the absence of malice and / or bad faith of the active subject, it is intended to build, in the light of what has already been acknowledged by the High Courts on the alerts issued by Courts of Accounts (article 59, paragraph 1, of Complementary Law No. 101, of May 4, 2000), a way of highlighting the subjective element of the agents responsible for violating administrative probity by issuing recommendations in the protection of public assets. It is concluded that the use of preventive instruments in the fight against unlawful acts, such as the administrative recommendation, strengthens a resolute action in the fight against corruption and, at the same time, strengthens the plaintiff's evidential arsenal in the scope of the action of accountability for act of administrative dishonesty.

KEYWORDS: Improbity conduct. Recommendation. Prosecution service. Warning. Malice. Bad faith.

1. INTRODUÇÃO

O ponto central do presente estudo refere-se à dificuldade probatória encontrada na prática forense em responsabilizar agentes públicos e terceiros a eles vinculados por ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) especificamente no que se refere ao principal elemento volitivo do sujeito ativo em tais atos, o dolo.

As interpretações emanadas pelos Tribunais Pátrios, mormente os Tribunais de Justiça dos estados, conduzem, muitas vezes, à improcedência das imputações de atos de improbidade administrativa fulcradas, essencialmente, na ausência da vontade livre e consciente em violar a moralidade administrativa. De modo a equacionar racionalmente tal dificuldade, trazendo temperamentos por meio do estímulo de uma atuação preventiva na defesa do patrimônio público, função inerente à atividade do Ministério Público, busca-se, com o presente estudo, evidenciar o caráter de alerta da Recomendação expedida pelo Ministério Público (art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75 de 1993, art.



23, VII, da Lei nº 8.625/93, Resolução nº 164 de 28 de março de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público) acerca de condutas vedadas pelo microssistema de proteção à moralidade administrativa.

Nesse norte, considerando que o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.282.854 - SP) bem como o Tribunal Superior Eleitoral (RESPE Nº 0000085-02.2012.6.26.0044-SP), posicionaram-se no sentido de que a inobservância aos alertas emitidos pelo Tribunal de Contas evidencia o dolo dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, pretende-se defender que, *a fortiori*, o descumprimento de Recomendações expedidas pelo Ministério Público em defesa do patrimônio público evidencia o dolo, bem como a má-fé, do agente na violação da moralidade administrativa.

Propõe-se, por conseguinte, a necessidade de uma atuação programada e preventiva na tutela da moralidade administrativa de modo a impedir que os violadores das normas legais sejam absolvidos com base na ausência de caracterização do dolo, muitas vezes escorados em supostos desconhecimentos normativos ou regulamentares.

De modo a enfrentar a questão com a profundidade necessária, optou-se por dividir o presente trabalho em seis capítulos, incluída esta introdução. No primeiro capítulo, serão apontados os fundamentos teóricos-conceituais que envolvem o dolo na improbidade administrativa, evidenciando como a sua caracterização está sendo encarada pelo Poder Judiciário. Em seguida, buscar-se-á conceituar o reconhecimento dos alertas emitidos pelos Tribunais de Contas como instrumentos de destaque do dolo na defesa da probidade administrativa, trazendo à colação os julgados de Tribunais Superiores que definiram essa característica. No terceiro capítulo, pretende-se esmiuçar o instituto da recomendação expedida pelo Ministério Público, salientando sua função essencial na atuação preventiva no combate à corrupção. Por derradeiro, no último capítulo e na conclusão, buscar-se-á concatenar os temas anteriores de modo a construir uma sólida hipótese de utilização da recomendação administrativa como alerta de dolo na improbidade administrativa de modo a evitar que as defesas dos ímprobos reiterem habituais argumentos no sentido de que o fato constitui mera irregularidade administrativa, fora da esfera de conhecimento da ilicitude por parte do agente.



Espera-se, pois, sedimentar a premente necessidade de uma atuação preventiva na defesa do patrimônio público, com expedição de recomendações para que os agentes públicos sejam cientificados, estreme de dúvidas, sobre suas obrigações legais; reduzindo, destarte, as absolvições por inocorrência de dolo.

2. O DOLO E A MÁ-FÉ NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio republicano, inerente ao Estado Democrático de Direito, exige que haja uma ligação subjetiva entre determinado ato ilícito e o seu agente causador, sendo a responsabilidade objetiva admitida apenas em hipóteses excepcionais, devidamente previstas em Lei⁵.

No microsistema de tutela da moralidade administrativa, a imputação de ato de improbidade perpassa necessariamente pela presença de tais elementos subjetivos – dolo e, em menor escala, culpa- porquanto as graves sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não poderiam ser aplicadas fundadas em responsabilidade objetiva⁶.

Importa, nessa seara, não apenas ilegalidade formal, mas a imoralidade revelada no exercício em função da Administração Pública. Com efeito, precisam os Órgãos de Controle, mormente o Ministério Público, focar sua atuação com vistas a garantir a sanção do administrador desonesto, que dirige seus atos para violar os princípios condutores da Administração (e sua moralidade), cuja conduta deve estar integrada pela má-fé – salutar para evitar a aplicação indiscriminada e desproporcional das sanções de improbidade.

A esse respeito, leciona Waldo Fazzio Júnior:

Não há espaços para considerações sobre negligência, imprudência ou imperícia, quando se cuida de conduta deflagrada pela má-fé, máxime no Plano da Administração Pública, em que a conduta ímproba atinge todos os

⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.432.

⁶ “[...] para que se considere um ato como passível de sofrer sanções, não é suficiente a existência da conexão causal objetiva (entre a ação [ou omissão] e o resultado), nem sua subsunção típica (num artigo da Lei nº 8.429/92). É indispensável a culpabilidade (culpa lato sensu) do agente público. Não se pune com fulcro em responsabilidade objetiva.” FAZZIO JÚNIO, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed, rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p.140.



segmentos da sociedade. Os atos descritos no artigo 11 são dolosos, compõem uma coletânea de condutas gravadas com a má-fé.

Sem dolo não há como identificar conduta ímproba no artigo 11 e seus incisos. A má-fé revela a improbidade administrativa em sentido estrito.

[...]

Ultimando este segmento, ato de improbidade administrativa em sentido estrito (artigo 11) é o que contraria, simultaneamente, o conjunto coordenado dos princípios constitucionais do artigo 37, caput, da Constituição, e o dever imposto no artigo 4º da Lei n. 8.429/1992. Funda-se na má-fé, sem proveito patrimonial do agente público e sem lesividade material à Fazenda Pública.

Finalizando, é necessário lembrar, mais uma vez, que ilegalidade e improbidade não são vícios gêmeos: o vício da improbidade é mais velho e nocivo. Atos ilegais merecem antídotos jurídicos ordinários. Não assim os ímprobos.⁷

Com efeito, para uma compreensão adequada do tema central deste artigo – o alerta da má-fé na tutela do patrimônio público- mister se faz uma análise do dolo nos atos de improbidade administrativa, relacionando-o com o instituto da má-fé.

Conquanto seja pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência o caráter cível das sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa⁸, muitos dos institutos do direito administrativo sancionador têm como base conceitos do direito penal tendo em vista a finalidade similar desses ramos jurídicos: possibilitar ao Estado-Juiz a aplicação de uma sanção fundada em lei; observando-se, lado outro, todos os direitos constitucionais do infrator.

Por séculos, os criminalistas vêm estudando o dolo, de modo a demonstrar ser a base mais precisa para a obtenção dos conceitos estruturantes sobre a matéria. Discorrendo sobre essa problemática Rodrigo Leite Ferreira Cabral explica que o Direito Civil não é o ramo jurídico mais adequado para encontrar uma definição científica de dolo, porquanto trata o instituto como uma forma de vício de um negócio jurídico, o clássico *dolus malus*, má-fé⁹.

⁷ *Ibid.*, p. 308 e 316.

⁸ Cf. SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92**. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p.3

⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (organizadores). **Aspectos**



Embora a precisão do raciocínio no sentido de que o conceito de dolo a ser usado no direito administrativo sancionador deve ser aquele oriundo do Direito Penal, constata-se que o Pretório Pátrio ainda confunde e, por vezes, aproxima os conceitos de dolo e má-fé.¹⁰

Não obstante a confusão conceitual que ainda impera nos Tribunais locais, o Superior Tribunal de Justiça parece caminhar para uma maior cientificidade na condução do tema, diferenciando o dolo e a má-fé nos atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, conclui com propriedade o Ilustre Min. Herman Beijamin: “*o dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva,*

controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, p;109.

¹⁰ Nesse sentido, veja-se o seguinte arresto: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, XI, E 11 DA LEI N. 8.429/1992. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. REQUERIDO QUE, NA CONDIÇÃO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES E SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL DE PINHEIRO PRETO, RECEBEU POR DIA EM QUE NÃO COMPARECEU À REUNIÃO ORDINÁRIA NA CASA LEGISLATIVA E AO LOCAL DE TRABALHO. AFASTAMENTO PARA ACOMPANHAR SOGRA EM TRATAMENTO MÉDICO. ILEGALIDADE DOS AFASTAMENTOS CONFIRMADA. DIREITO NÃO PREVISTO AOS VEREADORES. NECESSIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO REQUERER AO SUPERIOR HIERÁRQUICO COM ATESTADO MÉDICO. NÃO COMPROVAÇÃO. ENCAMINHAMENTO PARA SETOR DE RECURSOS HUMANOS DE DOCUMENTO INDICANDO A PRESENÇA EM TODAS AS SESSÕES DO MÊS. CONDUTA IRREGULAR, PORÉM, NÃO ENQUADRÁVEL COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. CÂMARA DE VEREADORES QUE JÁ HAVIA CONCEDIDO LICENÇA A OUTRO VEREADOR PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DE FAMILIAR. RECONHECIMENTO DE ILEGALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO TÃO SOMENTE APÓS A FALTA DO REQUERIDO. COMUNICAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA REGISTRADA NO LIVRO DE PRESENÇA. FALTA NO SERVIÇO PÚBLICO QUE, POR SI SÓ, NÃO REPRESENTA ATO ÍMPROBO. NECESSIDADE DE AFASTAR O RECONHECIMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DA DEVOLUÇÃO DO VALOR RECEBIDO INDEVIDAMENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "Não é possível vulgarizar o controle de probidade dos atos administrativos, sob o argumento de que toda ilegalidade configura necessariamente conduta definida na LIA. Assim não pode ser, porque a complexa atividade administrativa exige dos administradores quase que diuturnamente uma incessante tomada de decisões, o que fatalmente os expõe a erros. **Não é justo que, ao mais simples equívoco, desprovido de má-fé, sejam os administradores despojados de seus direitos políticos, destituídos de seus cargos públicos, para exemplificar, lançando-se-lhes o anátema da desonestidade. Resulta daí a exigência jurisprudencial acerca da demonstração do dolo ou de culpa grave na maior parte dos tipos definidos na Lei de Improbidade: distinguir entre o ato de boa e o de má-fé; o administrador inepto, do ímprobo**" (AC n. 2012.075036-6, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 10/12/2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2015.001852-2, de Tangará, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-03-2016, sem grifos no original).



que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições¹¹”. A má-fé, apesar de ser elemento de fundamental importância na configuração do ato de improbidade administrativa, não se confunde com o dolo.

Concretizando a divisão entre os institutos, mister trazer à coleção o seguinte arresto da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO E MÁ-FÉ. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação de afronta aos arts. 3º da Lei n. 8.429/1992 e 131, 332 e seguintes do CPC/1973 e a tese a eles relacionadas não foram analisadas pela Corte local, não tendo sido sequer suscitadas em embargos de declaração.

2. Dessa forma, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal com base no art. 105, III, "a", da Constituição. Incide no caso, portanto, o disposto nos enunciados 282 e 356 das Súmulas do STF.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

4. Além da compreensão de que basta o dolo genérico - vontade livre e consciente de praticar o ato - para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, este Tribunal Superior exige, ainda, a nota especial da má-fé, pois a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

5. Por sua vez, a conduta desonesta, de má-fé ou deslealdade, exsurge, na espécie, com a ciência anterior, em decorrência de manifestação havida por parte de órgãos da fiscalização, de que atuar daquela forma pode redundar em violação de princípio da administração pública.

6. Note-se, no caso, que o Tribunal a quo foi categórico ao afirmar a presença de dolo na conduta do agente, uma vez que o recorrente, mesmo diante do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado para o saneamento das irregularidades, inclusive com a dilação do prazo por duas vezes, quedou-se inerte, mantendo as contratações sem concurso público, o que configura a má-fé no ato praticado e, portanto, caracteriza o ato de improbidade que lhe foi imputado.

7. Nesse contexto, a revisão de tal conclusão implicaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é defeso na via eleita devido ao enunciado da Súmula 7 do STJ.

¹¹ BEIJAMIN, Herman. Voto-vencedor: STJ- Resp 951389/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p.12.



8. Agravo interno a que se nega provimento.(AgInt no AREsp 838.141/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018, sem grifos no original)

Sobre a relação entre os dois conceitos e suas consequências para configuração do ato de improbidade, assim ensina Emerson Garcia:

Apesar de entendermos que a presença, ou não, da má-fé exige necessária atenção por parte do operador do Direito, cremos que ela deve ser analisada não sob a perspectiva do elemento subjetivo do ato de improbidade, mas sim, como um dos aspectos pessoais e circunstanciais que delineiam o critério proporcionalidade. Afinal, haja, ou não, má-fé poderá ser configurada a *improbidade formal*; mas a sua presença contribui para o delineamento da *improbidade material*, permitindo, assim, a deflagração dos instrumentos de persecução¹²

Percebe-se, portanto, que, embora relacionados, o dolo e a má-fé são institutos diversos. O dolo refere-se à vontade livre e consciente da prática do ato enquanto a má-fé consiste nos objetivos almejados pelo agente. Pode-se imaginar uma situação em que determinado agente público subtraia vasta quantia dos cofres estatais para distribuir para as pessoas carentes. Está evidente o dolo, contudo, nítida a boa-fé do corrupto bonzinho. Da mesma forma, aquele que frauda licitação para privilegiar agentes locais, pode ter a melhor das intenções, mas atua com dolo no ato de improbidade.

Emerson Garcia pontua: *"[...] aparta-se o dolo da má-fé: o primeiro indica a vontade deliberada na prática do ato; a segunda, os objetivos almejados pelo agente. É possível que um ato ilegal seja dolosamente praticado, mas seus objetivos sejam nobres, atuando o agente com boa-fé¹³".*

Rodrigo Leite Ferreira Cabral traça o mesmo raciocínio:

E é justamente neste momento em que se chega a uma importante conclusão com relação ao dolo e a responsabilização por ato de improbidade administrativa: o dolo da improbidade não se confunde com o *dolus malus*, o dolo da improbidade não depende da existência de má-fé do agente público, ou seja, não tem como um dos seus elementos a potencial consciência da ilicitude¹⁴.

¹² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op.cit.*, p.438.

¹³ *Ibid.*, p.428.

¹⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op.cit.*, p. 113



Como se nota, o dolo é o elemento relacionado à conduta do agente, isto é, se tinha consciência e vontade de praticar determinado fato, enquanto a má-fé inclui como elemento essencial para a sua configuração o potencial conhecimento da ilicitude do fato, relacionando-se com os objetivos do agente.

Traçando a referência inicial com o direito penal, pode-se concluir que o esse ramo, ordinariamente, é simples e cotidiano, razão pela qual qualquer indivíduo que conviva em sociedade, normalmente, é dotado da capacidade de compreensão da ilicitude das suas condutas no âmbito penal. Sabe que matar é errado, que não deve subtrair coisas alheias ou violar a dignidade sexual de alguém. Vê-se, portanto, que as absolvições por ausência de potencial conhecimento de ilicitude dos fatos são extremamente raras nos dias atuais.

O mesmo não se pode dizer, contudo, acerca do direito administrativo. Matéria eminentemente técnica, repleta de detalhes e alterações que, regra geral, não são de conhecimento do homem médio. Assim, difícil imaginar que o homem médio tenha conhecimento acerca das hipóteses de dispensa de licitação, de inexigibilidade, dos limites para a compra direta, dos requisitos para a investidura de cargo ou contratação de pessoas no serviço público *etc.*

Ordinariamente, fulcrados nesse desconhecimento normativo, os agentes ímprobos alegam que não agiram com dolo ao praticar a conduta e não tinham qualquer tipo de má-fé em seus objetivos. Eis o que Emerson Garcia denomina de “escusa de incompetência”¹⁵.

Como se nota, a avaliação que se faz do conhecimento ou não por parte do sujeito ativo do ato de improbidade da norma ou princípio violado- verificação da má-fé- assemelha-se em muito com a análise penal do potencial conhecimento da ilicitude do fato. Assim, ao avaliar se o agente ímprobo sabia ou tinha condições de saber que sua

¹⁵ Na atualidade, o grande desafio é compatibilizar a relevância atribuída à má-fé com a escusa de incompetência não raro invocada pelos agentes públicos que têm a sua conduta enquadrada na Lei n. 8.429/92. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op.cit.*, p.438.



conduta violava normas de direito administrativo, o Poder Judiciário está realizando a análise do potencial conhecimento da ilicitude do fato¹⁶.

Não obstante, percebe-se que, inúmeras vezes, a avaliação pretoriana fica restrita ao efetivo conhecimento do agente sobre a ilicitude e não sobre o potencial conhecimento. Olvida-se que, ao ingressar na vida pública, exercendo um cargo eletivo ou de gestão, ou mesmo contratando com o Poder Público, por meio de participação em procedimento licitatório, o agente deve ter o cuidado de ampliar os seus conhecimentos sobre as normas de direito administrativo. Admitir que a escusa de incompetência continue uma defesa viável em tais ações é estimular a inabilidade e premiar a indecência, na medida que “[...] não podemos esquecer que o dever de eficiência emana das normas constitucionais, alcançando tantos quantos se habilitem a desempenhar um munus público. A escusa de incompetência, assim, deve ser reconhecida com certa parcimônia, evitando-se, com isso, sua vulgarização¹⁷.”

Percebendo tal realidade, os Tribunais Superiores têm atribuído fundamental importância para configuração e demonstração do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa ao controle prévio realizado pelos órgãos de fiscalização, especialmente aos alertas emitidos pelos Tribunais de Contas, como se passa a analisar.

3. ALERTAS EMITIDOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS COMO MEIO DE PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO SUJEITO ATIVO DE ATO DE IMPROBIDADE

O controle preventivo tem por escopo assegurar a ética e probidade na condução das atividades administrativas, evitando a ocorrência dos atos de improbidade administrativa. Entre os mais importantes instrumentos de prevenção desse tipo de ilícitos pode-se citar: os estatutos funcionais e códigos de ética (tal como o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – Decreto

¹⁷ *Ibid.*, p.428.



1.171/1994), as ouvidorias e controladorias internas das entidades administrativas, a política de *Compliance* legalmente estabelecida pela Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013, art. 7º, VIII), os Ministérios Públicos e os Tribunais de Contas¹⁸.

Ainda que se verifique o atual e constante desenvolvimento de novos instrumentos de prevenção, mormente o instituto do *compliance*, as Ouvidorias e Controladorias internas, não há como negar que ainda impera um protagonismo dos Tribunais de Contas e do Ministério Público na tutela do patrimônio público. A solidez das instituições bem como o amplo ferramental a elas conferido pela Constituição e legislação pátria para desempenho do seu mister contribuiu sobremaneira para essa atuação.

Com a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) o controle preventivo e concomitante restou ainda mais fortalecido pela ampliação das atribuições dos Tribunais de Contas para a emissão de alertas quando houver infringência, ou seu risco, a preceitos básicos de gestão do dinheiro público. Por meio deste importante controle simultâneo, pode-se garantir, em tempo hábil, correções na marcha orçamentária por parte do gestor notificado, possibilitando-lhe rápidas providências para o adequado ajuste da despesa, conforme a lei orçamentária anual.

O instituto do alerta está previsto § 1º do art. 59 da LRF:

§ 1º Os Tribunais de Contas **alertarão** os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:

I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;

II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes o alerta configura, sob o aspecto formal, ato administrativo de natureza cautelar que firma a responsabilidade da autoridade

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assunção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 25-26.



comunicada. O objetivo do alerta emitido é conduzir o destinatário ao estado de legalidade orçamentária, caracterizando um controle simultâneo por parte da Corte de Contas¹⁹.

Não se busca, em um primeiro momento, portanto, qualquer tipo de responsabilização, mas sim a correção da conduta. Todavia, impossível negar que o descumprimento dos alertas gerará consequências que serão mais detidamente *infra* analisadas.

Conquanto não tenha a lei definido a forma de emissão dos alertas, os Tribunais de Contas, por meio de resoluções, têm disciplinado a questão. Nessa toada, o Tribunal de Contas da União definiu que o ato de alerta será emitido por aviso da sua Presidência e também comunicado à Comissão Mista Permanente de que trata o art. 166, § 1º, da Constituição Federal²⁰.

Além da importância para o procedimento de fiscalização desempenhado pelas Cortes de Contas e pelo Poder Legislativo, os alertas espraiam as suas consequências jurídicas também para a esfera judicial. Embora ainda não consolidada, emerge no seio do Poder Judiciário decisões que consideram o descumprimento desses alertas por parte dos agentes públicos como prova inequívoca do elemento subjetivo na prática de ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral RESPE nº 8502, considerou que a inobservância aos alertas emitidos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP configura dolo a ensejar a declaração de inelegibilidade de candidato à prefeitura municipal por improbidade administrativa, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990.

No caso concreto, o prefeito foi alertado previamente pela referida Corte de Contas sobre as irregularidades em suas contas. Posteriormente, a Câmara de Vereadores,

¹⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Poder legislativo, o Tribunal de Contas e o Controle da Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.40, n.3, p.125-159, jul./set. 2001

²⁰ Art. 5º, §3º, da Resolução-TCU n. 142, de 30 de maio de 2001.



acatando as orientações do Órgão, reprovou as contas do administrador público, ensejando a configuração de ato doloso de improbidade administrativa. Do voto extrai-se o seguinte trecho:

[...]As irregularidades foram consideradas insanáveis pela própria Câmara (fls. 1422) e o dolo fica evidenciado pelo desrespeito não apenas às leis e princípios administrativos, como também pela **inobservância à alerta do próprio Tribunal de Contas** (fls. 1580). Concluiu-se, ante as circunstâncias do caso, incidir o disposto no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990, observada a existência de ato doloso de improbidade administrativa relativamente aos atos cometidos nos exercícios de 2007 e 2008. [...]”²¹ (grifo nosso)

Nítido perceber que o alerta emitido pelo Tribunal de Contas é utilizado como robusta prova do dolo e da má-fé na prática do ato ímprobo. E não poderia ser diferente, como explicitado anteriormente, com o alerta busca-se conduzir a conduta para o caminho da retidão e caso, mesmo ciente dessa senda, opte o administrador por tomar outra saída, evidentemente que o fez com vontade e consciência e, portanto, com dolo e má-fé.

No mesmo, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

Na espécie, o Prefeito, **não obstante os sucessivos alertas emitidos pelo Tribunal de Contas do Estado**, ampliou, em 75%, a indisponibilidade financeira apurada em 31 de abril de 2004, período em que estava impedido de comprometer receitas em montante superior às que pudessem ser liquidadas no curso do exercício..... **É de se entender, portanto, configurado o dolo** (ainda que eventual), **manifesto na vontade livre e consciente de contrair despesa em nome do município nos dois últimos quadrimestres de seu mandato que não podiam ser cumpridas integralmente dentro dele**²²[...]

Também desse julgado nota-se que o uso do alerta impede o uso da escusa de incompetência. Não existe a possibilidade de o agente ímprobo dizer que desconhecia a ilicitude ou tinha boas intenções na prática do ato, na medida em que fora, formal e previamente, alertado da irregularidade da sua conduta.

O Supremo Tribunal Federal pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, em julgamento que analisava a admissibilidade de denúncia contra parlamentar que, enquanto prefeito municipal, teria incorrido nas sanções previstas no Decreto-Lei 201/67 estabeleceu que

²¹ MELO, Marco Aurélio. TSE- Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 85-02.2012.6.26.0044- Classe 32- Descalvado- São Paulo.

²² STJ, 2ª. Turma, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.282.854-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 15/03/2011.



os alertas emitidos pelos Tribunais de Contas evidenciam o dolo do agente: “[...] *A prática dos atos reputados ilícitos pelo denunciado posteriormente à decisão do Tribunal de Contas competente, que concluiu pela irregularidade, é suficiente para denotar, ao menos em sede de cognição sumária, o dolo do agente*²³”.

Das decisões acima citadas, fica evidente o grau de relevância que os Tribunais Superiores têm dado a uma atuação preventiva na apuração dos atos de improbidade e nos ilícitos contra a administração pública. A razão é evidente. Seja por meio do direito penal (crimes contra a Administração Pública) ou do direito administrativo sancionador, busca-se, como adrede salientado, punir o administrador público desonesto ou deliberadamente incompetente. O prévio alerta emitido pelos Tribunais de Contas, evidenciando diretamente ao destinatário o descumprimento de normas orçamentárias e financeiras possibilita duas posturas: uma, esperada e estimulada, de adaptação da conduta ao orientado pelo Órgão Fiscalizador ou a segunda, de desrespeito ou ignorância à orientação. Optando pela segunda postura, o Administrador assume a responsabilidade pelas violações dela decorrentes, tornando totalmente claro o elemento subjetivo da sua conduta.

Élida Graziane Pinto assevera com precisão:

Defende-se, nesse sentido, que os alertas se prestam a formar prova de dolo específico nos crimes contra a Administração Pública e – em especial, para o objeto deste artigo – nos crimes da Lei Geral de Licitações e em determinados atos de improbidade, porquanto sejam atos administrativos de controle externo que operam de forma automática⁵ (*ex officio*) em prol da prevenção de riscos e da correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio nas contas públicas e prejudicar a boa gestão dos recursos públicos. Segundo o dispositivo legal que lhes dá fundamento (art. 59 da LC nº. 101, de 2000), os alertas visam expressamente dar ciência de situações fiscais de risco para o equilíbrio nas contas públicas, bem como de falhas “*que comprometam os custos ou os resultados dos programas*” e, no que interessa diretamente ao escopo deste estudo, prestam-se a notificar a ocorrência de “*indícios de irregularidades na gestão orçamentária*²⁴”

²³ STF – Inq; 2588 SP. Relator: Min. LUIZ FUZ, Data de Julgamento: 25/04/2013. Tribunal Pleno, data de publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DFe-082, DIVULG 16-05-2013, public 17-05-2013.

²⁴ PINTO, Élida Graziane. **Alertas e Controle Concomitante da Administração Pública**. Disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal/revistaeletronica2/doc/03.pdf>. Acesso em 30/03/2019.



A consolidação desse entendimento no que se refere aos alertas dos Tribunais de Contas parece ser uma realidade no pretório pátrio, contudo, há outros instrumentos de características semelhantes que podem ser usados, com abrangência ainda maior, para evidenciar o elemento subjetivo do agente nos atos de improbidade administrativa, passando este artigo a analisar especificamente a recomendação expedida pelo Ministério Público.

4. DA RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Dentro do novo perfil constitucional, a doutrina elencou dois modelos para atuação do Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O primeiro aspecto refere-se à atuação ministerial ao junto ao Poder Judiciário, transferindo-lhe, por meio do direito de ação, a solução das questões²⁵. Ainda que tal postura ainda se mostre necessária em algumas áreas, é cada vez mais assente o entendimento de que a atuação ministerial, mormente na seara dos direitos difusos, deve ser resolutive, por meio de atuação no *“plano extrajudicial, com um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social”*²⁶

De modo a efetivar tal postura, deve o Membro do Ministério Público fazer uso de todo os instrumentos de atuação tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as audiências públicas e as recomendações, tema a ser aqui analisado.

Trilhando o mesmo caminho assim pontuam Leonardo Barreto Moreira Alces e Márcio Soares Berclaz:

A recomendação administrativa pode constituir em instrumento decisivo e resolutivo para pôr fim a um determinado problema a partir de um democrático entendimento havido entre Ministério Público e destinatário da medida, sem intervenção do Poder Judiciário, situação que recomenda o incremento da sua

²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no Novo CPC para o Brasil. In GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. **Coleção Repercussões do novo CPC. Ministério Público**. Salvador, Juspodivm, 2015, p. 148.

²⁶ Ibid.,p.148.



utilização, sem que possível, como alternativa prévia à instauração de conflito junto ao Poder Judiciário²⁷[...]

A possibilidade de expedição de recomendações pelos Membros do Ministério Público encontra-se prevista no art. 26, VII, da Lei n. 8.625/93 (“*sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade*”) e no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993 (“*expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis*”), prerrogativa extensiva aos membros do Ministérios Públicos *ex vi* art. 80 da Lei n. 8.625/93

Disciplinando a matéria em todo território brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução nº 164, de 28 de março de 2017, a qual define o instituto ainda em seu 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.

Convém perquirir se a utilização desse instituto mostra-se possível na defesa da moralidade administrativa. Nesse sentido, entre os direitos que cumpre ao Ministério Público tutelar, encontra-se insculpido tanto na Constituição Federal (arts. 127 e 129, III) quanto na Legislação pátria (Lei 7.347/85, arts. 1º, IV, 3º, II e 13, Lei 8.429/92, art. 17 e Lei 8.625/93) a tutela do patrimônio público. O direito à moralidade administrativa correlacionado à integralidade do patrimônio público deve, pois, ser compreendido como um direito difuso.

²⁷ ALVES e BERCLAZ, Leonardo Barreto Moreira e Márcio Soares. **Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional**. Salvador, Editora Juspodivm, 6ª Edição, p. 52-53.



Nesse sentido, as precisas palavras de Pedro Roberto Decomain:

Encarado nesta perspectiva, não resta a menor dúvida de que são indeterminados os titulares do interesse na preservação da integralidade do patrimônio público. Desta sorte, não há como deixar de reconhecer neste interesse também um nítido caráter difuso. Este interesse, além disso, atende ao requisito da indivisibilidade do objeto do direito ou interesse difuso. O interesse na preservação da integridade e na boa gestão do patrimônio público é a um tempo de todos e de cada qual. Há aí, por sem dúvida, um feixe de interesses individuais, cujos titulares não podem ser determinados, até porque são todos aqueles que de algum modo se beneficiam do patrimônio público como instrumento de atendimento de necessidades coletivas. No patrimônio público, mesmo em perspectiva patrimonial, temos, portanto, interesse difuso²⁸.

Inserido nessa categoria jurídica, o patrimônio público pode, e deve, ser protegido preventivamente, emergindo a recomendação como importante instrumento nessa missão. Como bem salientado por Luciano de Faria Brasil, a recomendação, além de ser instrumento de recomposição da legalidade pela via argumentativa e consensual, constitui-se também, quando envolvido no polo passivo o Poder Público, em mais um elemento essencial no sistema de freios e contrapesos, limitando o poder e reforçando o arranjo institucional da divisão funcional do Estado²⁹.

5. RECOMENDAÇÃO COMO ALERTA DO DOLO E MÁ-FÉ NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A proteção da moralidade administrativa e, como consectário, do patrimônio público é trabalho extremamente árduo por inúmeras razões, entre elas o fato de os órgãos de controle, especialmente o Ministério Público, na grande maioria dos casos, apenas receberem representações acerca das irregularidades depois que elas foram cometidas, dificultando a obtenção de provas e recuperação dos valores ilicitamente desviados dos cofres públicos.

Aliada a esta dificuldade investigativa, verifica-se que a responsabilização dos agentes públicos que violam a normas é muitas vezes obliterada pelo Poder Judiciário

²⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2014, p. 30.

²⁹ BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.52, 2004, p.104.



pelo acolhimento da tese defensiva anteriormente comentada da escusa de incompetência, pela ausência de dolo ou da má-fé.

Justamente nessa seara de proteção, emerge a importância da recomendação administrativa na defesa do patrimônio público. Como adrede salientado, o direito administrativo possui complexidades tamanhas que têm possibilitado o êxito das teses defensivas baseadas no desconhecimento das irregularidades pelos investigados, os quais são absolvidos por ausência de má-fé.

Demonstrando a gravidade desse entendimento, Rodrigo Leite Ferreira Cabral pontifica:

O problema é que a jurisprudência, muitas vezes, utiliza-se desse imaginário requisito da má-fé como forma de tornar a atuação judicial justa, evitando-se a imposição das penas previstas na Lei 8.429/92 em decorrência de meras irregularidades, sem qualquer transcendência. Ocorre, porém, que tal expediente é um equívoco teórico muito grave e causa grande prejuízo sistêmico ao combate à corrupção³⁰.

Na seara da defesa do patrimônio público, a recomendação administrativa possui, ao menos, duas funções de extrema importância: a) orientar o administrador inábil e b) revelar a má-fé do gestor ímprobo.

Emerson Garcia, ao explicar os efeitos da recomendação administrativa, pontua com propriedade a sua possibilidade de evidenciar o dolo na prática do ato de improbidade administrativa:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações, as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação do elemento anímico que direcionou o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei n. 8.49/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado³¹.

³⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, op.cit.,p. 114

³¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, Organização, atribuições e regime jurídico**. São Paulo, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017, p. 581.



No mesmo trilhar é o entendimento de Leonardo Barreto Moreira Alces e Márcio Soares Berclaz:

[...]inclusive porque muitas vezes o alerta do Ministério Público sobre determinada situação e a reação do destinatário revelam muito do seu elemento subjetivo (vontade/intenção) de querer manter uma situação irregular ou estar consciente e disposto a mobilizar esforços para resolvê-la, o que pode ser decisivo até mesmo para configurar ou não ato de responsabilidade por improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/92, responsabilidade que, embora relacionada à matéria do patrimônio público, pode sempre incidir de modo reflexo quando se quer responsabilização por conta de situações relacionadas a outras áreas de tutela coletiva submetida à proteção e fiscalização do Ministério Público³².

Ainda que seja vedado (art.129, IX, in fine, da Constituição Federal) ao Ministério Público exercer a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, a expedição de recomendações administrativas em defesa do patrimônio público não deve ser englobada em tal proibição constitucional. Frequentemente, na atuação rotineira, o Membro do Ministério Público deparara-se com situações em que se mostra necessária o pronunciamento formal do Órgão para evitar um dano ao patrimônio público ou aos princípios da administração pública. Nessa hipótese, melhor que haja uma manifestação expressa que direcione a postura do Administrador ao caminho da legalidade e moralidade ao invés de inação deliberada com vistas a uma futura atuação repressiva.

A casuística trará concretude à explicação.

Imagine-se que um Município, no início do exercício financeiro anual, adquira peças para reparo dos seus veículos por meio de compras diretas, dispensando a licitação em razão do valor. Ao consultar o Portal da Transparência do referido Órgão, o membro do Ministério Público verifica que o limite previsto na lei está próximo a ser atingido e há intenção de reparo de mais um veículo. Tal situação é corriqueira em diversos municípios, especialmente naquelas de pequeno porte nos quais a consultoria jurídica e contábil são, muitas vezes, deficitárias. Eis uma hipótese na qual a expedição de uma recomendação administrativa mostra-se de extrema valia tanto para a condução do

³² ALVES e BERCLAZ, Leonardo Barreto Moreira e Márcio Soares. Ministério Público em ação. **Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional**. Salvador, Editora Juspodivm, 6ª Edição, p. 52-53.



processo para o caminho da moralidade, auxiliando o administrador inábil, porém honesto, bem como para a responsabilização do gestor ímprobo.

Com efeito, após instauração de Inquérito Civil, a expedição de recomendação administrativa simples indicando o valor limite para dispensa de licitação, bem como o entendimento pacífico dos Tribunais de Contas³³ e do Poder Judiciário³⁴ de que o limite inclui todas as despesas de uma mesma espécie, possibilitará que o gestor dê início ao

³³ Cf. Acórdão n.º 1.084/2007 do Plenário do TCU: “Realize o planejamento prévio dos gastos anuais, de modo a evitar o fracionamento de despesas de mesma natureza, observando que o valor limite para as modalidades licitatórias é cumulativo ao longo do exercício financeiro, a fim de não extrapolar os limites estabelecidos nos artigos 23, § 2º, e 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Adote a modalidade adequada de acordo com os arts. 23 e 24 da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, de modo a evitar que a eventual prorrogação do contrato administrativo dela decorrente resulte em valor total superior ao permitido para a modalidade utilizada, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal”.

³⁴ Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. FRAUDE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO AO ERÁRIO. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE.1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública ajuizada contra ex-prefeita e servidores públicos do Município de Santa Albertina, por suposta prática de improbidade administrativa decorrente de licitações irregulares para aquisição de alimentos e material de limpeza. 2. O Tribunal a quo julgou procedente o pedido, com base na comprovada ocorrência de fraude. Asseverou que o valor da compra impunha licitação pela modalidade de concorrência, contudo foram feitas várias aquisições diretas. 3. A situação delineada no acórdão recorrido enquadra-se no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, que inclui no rol exemplificativo dos atos de improbidade por dano ao Erário "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente". 4. O desprezo ao regular procedimento licitatório, além de ilegal, acarreta dano, porque a ausência de concorrência obsta a escolha da proposta mais favorável dos possíveis licitantes habilitados a contratar. Desnecessário comprovar superfaturamento para que haja prejuízo, sendo certo que sua eventual constatação apenas torna mais grave a imoralidade e pode acarretar, em tese, enriquecimento ilícito. 5. O Tribunal de origem consignou que, na hipótese, a fraude perpetrada pelo recorrente e seus litisconsortes, que ora figuram como interessados, provocou evidente prejuízo ao município. Nesse contexto, a verificação da alegada inexistência de improbidade administrativa demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, conforme inteligência da Súmula 7/STJ. 6. O argumento de que não houve conduta dolosa, além de contrariar as conclusões lançadas no acórdão recorrido, é irrelevante in casu. Isso porque a configuração de improbidade administrativa por dano ao Erário prescinde da verificação de dolo, sendo admitida a modalidade culposa no art. 10 da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ.7. A revisão das sanções cominadas pela instância ordinária, em regra, é inviável, ante o óbice da já citada Súmula 7/STJ, salvo se verificada a inobservância aos limites estabelecidos no art. 12 da Lei 8.429/1992, ou se na leitura do acórdão recorrido transparecer falta de proporcionalidade e razoabilidade. 8. Na hipótese, as penas foram aplicadas no patamar mínimo estabelecido no art. 12, II, da Lei 8.429/1992, e, diante da afirmação contundente de que houve fraude mediante conduta dolosa da então prefeita, de seu marido e demais servidores réus, a aplicação cumulativa das penalidades não se mostra desproporcional. 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1130318/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 27/04/2011)



necessário processo licitatório para aquisição das peças e conserto dos veículos, caso opte por cumprir a recomendação.

Lado outro, caso decida descumprir o orientado pelo Ministério Público, prosseguindo na aquisição de bens com dispensa de licitação, tanto o dolo quanto sua má-fé estarão evidentes e extremes de dúvidas. Veja que, em caso de uma futura ação civil pública para responsabilização por improbidade administrativa por violação ao art. 10, VIII, da Lei 8429, bem como por violação aos princípios da administração – art. 11 do mesmo Diploma Legal – não poderá o agente público alegar que desconhecia a imposição legal ou que estaria perpetrando uma irregularidade. Cai por terra, portanto, qualquer possibilidade de utilização da “escusa de incompetência”.

Nesse sentido, ao receber uma recomendação administrativa na qual o Membro do Ministério Público 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 do patrimônio público, não poderá alegar o desconhecimento da irregularidade para eximi-lo da má-fé. A partir do momento em que recebeu a recomendação está definitivamente evidenciada a sua intenção de ferir os princípios da moralidade caso continue na prática da conduta.

Como notório, toda compra realizada pelo poder público deve ser precedida do procedimento licitatório, salvo nas hipóteses previstas em lei. A lei nº 8.666/93 fixa inúmeras hipóteses de dispensa de licitação entre as quais a chamada compra direta, nas quais poderá ser dispensada a licitação nas hipóteses em que os valores atinjam até 10% da modalidade licitatória “convite”. Com as alterações promovidas pelo Decreto nº 9.412/2018, que atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666/1993, esses valores passaram para até R\$ 33 mil em casos de obras e serviços de engenharia e R\$ 17.6 mil para demais compras e serviços.

Não obstante a simplicidade dessa norma, os administradores públicos, nos mais diversos rincões do país, frequentemente usam esses limites de maneira totalmente abusiva para movimentar a máquina da prefeitura livremente sem o respeito às normas de licitação. Compram, pois, em cada mês, valores que somados ultrapassam em muito tais



limites, comprando materiais de construção para uma escola em um determinado mês sem licitação e, pouco tempo depois, novamente repetindo a fórmula para a reforma de um posto de saúde. O mesmo em relação a peças de carros, as compras ultrapassam em muito os limites gerais, respeitando, contudo, para cada veículo. Ao se defenderem, afirmam que acreditavam que o limite era para cada veículo e não geral. Imputados atos de improbidade administrativa, os Tribunais locais têm excluído a responsabilização por ausência de má-fé. Com a expedição de uma recomendação administrativa, esmiuçando esses limites de maneira expressa, não mais poderiam proceder dessa forma, evitando a impunidade.

Outra situação corriqueira é o uso da modalidade de licitação convite para realização de fraudes. Conquanto seja legalmente prevista, o uso da modalidade convite é muitas vezes desnaturado, obliterando a publicidade dos atos e prejudicando a concorrência. Possibilita um controle por parte do administrador dos seus contratados. A detecção de fraudes em tais procedimentos são de extrema dificuldade probatória dado os possíveis acordos que podem ser firmados pelos interessados. Com efeito, possível imaginar uma recomendação administrativa ao prefeito para que utilize, preferencialmente, a modalidade de licitação pregão na aquisição de bens e serviços comuns de modo a evitar o uso dessa discutível modalidade licitatória.

Os exemplos, ainda que simplórios, permitem que a lógica seja espalhada por todo o controle da administração pública. Possibilita, ademais, que o Ministério Público, por seus membros ou Centros de Apoio, imaginem a elaboração de uma Recomendação Administrativa geral no âmbito da defesa do Patrimônio Público a ser expedida e direcionada para o gestor público e sua equipe de apoio sempre que haja alternância na chefia do Poder Executivo de modo a evitar qualquer alegação de desconhecimento das situações irregulares que possam isentar a responsabilização dos agentes públicos³⁵.

³⁵ Nesse sentido, veja a interessante prática levada a efeito pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina ao elaborar o “Guia de Mandato. Orientações para gestores públicos municipais, in Cartilha com orientações para nortear a adoção de ações durante os quatro anos de mandato do gestor municipal. Edição 2017. 198p. Disponível em <http://www.tce.sc.gov.br/content/guia-do-mandato-orienta%C3%A7%C3%B5es-para-gestores-p%C3%ABlicos-municipais-vers%C3%A3o-com-pagina%C3%A7%C3%A3o-%C3%BAnica>. Acesso em 30/03/2018.



Marcos Paulo de Souza Miranda sustenta que a recomendação, como ato enunciativo de efeitos concretos, não pode ser entendida como um mero conselho ou lembrete, citando como exemplos de consequências que podem atingir o agente recomendado em decorrência do não cumprimento das medidas apontadas pelo Ministério Público:

a) caracterização de dolo para viabilizar futura responsabilização em sede de ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal; b) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*); c) caracterização do dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por improbidade administrativa quando tal elemento for exigido³⁶.

À evidência, a utilização da recomendação administrativa no trato do direito difuso à probidade administrativa, além de possibilitar uma atuação resolutiva do Ministério Público, na medida em que o destinatário poderá convencer-se da necessidade de adotar o comportamento sugerido, aumenta a eficácia de uma possível atuação demandista. Assim, eventual ação, seja criminal ou no âmbito da moralidade administrativa, terá mais chances de sucesso com a demonstração efetiva do dolo e da má-fé pelo recomendado recalcitrante.

6. CONCLUSÕES

Diante do exposto, cumpre apresentar as conclusões acerca da utilização da recomendação administrativa como alerta de dolo e má-fé na improbidade administrativa:

- a) O dolo e a má-fé, embora relacionados, distinguem-se ontologicamente, sendo o primeiro a vontade livre e consciente de atuar de forma contrária ao estatuído na norma, e a segunda elemento adjetivador dos objetivos do agente ao praticar o ato;

³⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação administrativa como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (organizadores). **Temas Atuais do Ministério Público**, Salvador, Juspodivm, 2013, p. 520.



- b) A importância que a Constituição Federal e o ordenamento pátrio deram ao patrimônio público e à moralidade administrativa demandam dos órgãos de fiscalização uma atuação preventiva, concomitante e repressiva aos agentes violares desse direito difuso;
- c) Entre os instrumentos de controle já há uma sedimentação jurisprudencial acerca dos alertas emitidos pelos tribunais de contas na configuração do elemento subjetivo dos agentes tanto na seara criminal como no direito administrativo sancionador;
- d) Por ter características semelhantes, porém com maior abrangência material, as mesmas consequências jurídicas, *a fortiori*, podem ser estendidas à Recomendação Administrativa expedida pelo Ministério Público;
- e) Ao documentar o plano subjetivo dos infratores, o recebimento da recomendação administrativa caracteriza o dolo para uma possível ação de improbidade administrativa e evidencia a má-fé no comportamento do agente, tornando inequívoca a consciência de ilicitude da sua conduta;
- f) A utilização da recomendação administrativa na defesa do patrimônio público caracteriza-se, portanto, como prática fundamental para uma atuação resolutiva, bem como para o aumento da eficácia de eventuais demandas processuais correlatas, merecendo ser aplicada pelos Membros do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no Novo CPC para o Brasil. In GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. **Coleção Repercussões do novo CPC. Ministério Público**. Salvador, Juspodivm, 2015.

ALVES e BERCLAZ, Leonardo Barreto Moreira e Márcio Soares. **Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional**. Salvador, Editora Juspodivm, 6ª Edição.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Brasília, 1988. Diário Oficial da União.

_____. **Lei Federal n. 7,347/85.** Brasília, 1985. Diário Oficial da União.

_____. **Lei Federal n.8.429/92.** Brasília, 1992. Diário Oficial da União.

_____. **Lei Federal n.8.625/93.** Brasília, 1992. Diário Oficial da União.

_____. **Lei Complementar n.75/1993** Brasília, 2000. Diário Oficial da União.

_____. **Lei Complementar n.101/00.** Brasília, 2000. Diário Oficial da União.

BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.52, 2004, p.103-120.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (organizadores). **Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais**, Belo Horizonte, Del Rey, 2016

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, **Resolução nº 164 de 28 de março de 2017.**

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa.** São Paulo: Dialética, 2014.

FAZZIO JÚNIO, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.** 4. ed, rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.



FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Poder legislativo, o Tribunal de Contas e o Controle da Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.40, n.3, p.125-159, jul./set. 2001

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público, Organização, atribuições e regime jurídico**. São Paulo, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017, p. 581.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação administrativa como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (organizadores). **Temas Atuais do Ministério Público**, Salvador, Juspodivm, 2013, p. 520

NEVES, Daniel Amorim Assunção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 25-26

PINTO, Élide Graziane. **Alertas e Controle Concomitante da Administração Pública**. Disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal/revistaeletronica2/doc/03.pdf>. Acesso em 30/03/2019

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92**. Rio de Janeiro, Forense, 2009

