

A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa

Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT – titular da 3ª Promotoria de Justiça de Violência Doméstica de Brasília. Pós-doutor em Criminologia pela Universidade Monash, Austrália. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Professor de Direito Processual Penal, Temas de Direitos Humanos e de Atuação do Ministério Público perante a FESMPDFT e diversas instituições.

Teofábio Pereira Martins

Advogado. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMPDFT. Especialista em Direito Penal pelo Instituto Processus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio – Brasília.

Resumo: O presente artigo analisa a possibilidade de utilização pelo Ministério Público da recomendação como instrumento de comprovação do dolo, para fins de posterior ação de responsabilização por improbidade administrativa. Para tanto, estuda o perfil constitucional do Ministério Público após a Constituição de 1988, com sua atuação resolutiva e como promotor da concretização de direitos sociais e indisponíveis, especialmente no âmbito da improbidade administrativa, bem como discute os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público. Ao final, a utilização da recomendação para comprovação do dolo da improbidade administrativa é ilustrada com estudo de casos concretos, delimitando-se suas hipóteses e pressupostos de utilização

Palavras-chave: Ministério Público. Recomendação. Dolo. Improbidade administrativa.

Abstract: This paper analyses the possible use by the Public Prosecution Service of the recommendation to prove the *mens rea* in civil judicial cases of administrative improbity. It analyses the constitutional role of the Brazilian Public Prosecution Service, in a resolutive approach, acting as a promoter of the concretization of social rights, especially holding civil servers accountable of administrative improbity. It also discusses the extrajudicial tools available for the Public Prosecution Service, as the recommendation. The paper illustrates the use of the recommendation to prove the *mens rea* of the administrative improbity with a case study, clarifying the situations and requisites of its use.

Keywords: Brazilian Public Prosecution Service. Recommendation. Malicious intent. Administrative dishonesty.

Sumário: 1 Introdução. 2 O perfil constitucional do Ministério Público pós-1988. 3 A atuação do Ministério Público na Lei de Improbidade Administrativa. 4 Ministério Público resolutivo e o uso da recomendação. 4.1 Visão inicial. 4.2 Distinção entre a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta. 5 A possibilidade de a recomendação ser utilizada como instrumento para fixação do dolo na ação civil pública por improbidade administrativa. 5.1 A teoria. 5.2 A casuística. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O presente artigo tem a finalidade de analisar a possibilidade de utilização, pelo Ministério Público, da recomendação como instrumento para a fixação do dolo do agente público para eventual responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Conforme entendimento pacífico nos Tribunais, somente é possível a condenação de agentes públicos por improbidade administrativa quando comprovados, além da violação aos princípios da Administração Pública, o elemento subjetivo do tipo.

Considerando que a Lei Complementar n. 75/1993, em seu art. 6º, inciso XX, bem como a Lei n. 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, inciso IV, conferiram aos membros do Ministério Público a

possibilidade de expedir recomendação, cabe analisar os efeitos de tal medida extrajudicial caso agente público venha a descumpri-la, especialmente para explicitar o dolo em relação aos tipos de improbidade administrativa de violar os princípios da Administração Pública, causar dano ao Erário e enriquecer ilicitamente.

Para o desenvolvimento do estudo, será feita uma análise do perfil constitucional do Ministério Público após a Carta Magna de 1988, destacando especialmente seu perfil resolutivo e promotor ativo de concretização dos direitos sociais e indisponíveis, bem como a atuação do Ministério Público especificamente no âmbito da responsabilização por improbidade administrativa. Ao final, se discutirá como a recomendação, enquanto instrumento de atuação extrajudicial, se correlaciona com a comprovação do dolo de eventual improbidade administrativa, expondo-se tanto a teoria quanto a análise de casos concretos que ilustrem essa atuação.

2 O perfil constitucional do Ministério Público pós-1988

O Ministério Público passou, em sua evolução histórica, de Procurador do Rei (*les gen du Roi* durante o *Ancien Regime*) para um apêndice do Poder Judiciário (em 1603, quando o promotor de Justiça da Casa de Suplicação era escolhido dentre um dos seus desembargadores), ou ainda de procurador da Fazenda com atribuições de promotor de Justiça (em 1609, perante o Tribunal de Relação do Brasil, no Estado da Bahia). Teve configurações oscilantes nas diversas Constituições brasileiras, ora pendendo para braço do Executivo, ora configurando-se como apêndice do Judiciário, ora ainda exercendo funções de fiscalização que são típicas do Legislativo (ver por todos PAES, 2003).

A Constituição Federal de 1988 realizou uma revolução na estrutura do Ministério Público, dando-lhe independência institucional em relação ao Executivo e ao Judiciário, e assegurando à instituição (e aos seus membros) as garantias institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF/1988, art. 127, § 1º).

Certamente a independência funcional tem sido a característica mais marcante da atuação ministerial, em especial para permitir-lhe a contraposição ao Executivo, principalmente quando o interesse estatal entre em colisão com o interesse social. Este princípio institucional confere aos membros do Ministério Público a chamada autonomia de convicção, que lhe garante independência no desempenho de suas funções, sendo cada Órgão independente dos demais, ou seja, a manifestação de um membro não vincula o outro (GARCIA, 2014, p. 139).

Ao longo desse amadurecimento histórico, o Ministério Público deixou de ser mero defensor dos interesses do Estado, para defender os interesses da sociedade, especialmente para contrapor-se às eventuais arbitrariedades e desmandos estatais. Também deixou de ser mero parecerista inerte adjunto ao Judiciário, para se tornar um ativo promotor dos interesses sociais que não limita sua atuação à esfera judicial, ao contrário, possui um variado leque de instrumentos de atuação extrajudicial.

Esse quadro se acentuou com a evolução do chamado neo-constitucionalismo, uma forma de compreender o marco constitucional de forma efetivamente comprometida com os princípios constitucionais e com uma hermenêutica coerente com a plena concretização do projeto constitucional. Essa virada axiológica altera a atividade hermenêutica de mera reprodução da realidade para motor de transformações sociais, à luz do projeto constitucional (ALMEIDA, 2010). O Ministério Público possui um *locus* central nessa arquitetura constitucional, tendo como uma de suas atribuições fiscalizar a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Portanto, sua função é a de diminuir o hiato entre a realidade e o projeto constitucional. Essa nova forma de atuação exige que se foquem não apenas as consequências, mas especialmente as causas (atuação preventiva), na fiscalização da concretização das políticas públicas, portanto no controle orçamentário, no maior diálogo com a sociedade civil enquanto fator de legitimação de sua intervenção. Toda essa nova forma de agir vem sendo denominada de um verdadeiro novo paradigma de Ministério Público: a atuação resolutiva ao revés da atuação meramente demandista (ALMEIDA, 2010).

O caminho desta evolução rumo à atuação resolutiva passa, num primeiro momento, pela criação da tutela coletiva em juízo com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985). O supracitado diploma legal não concedeu legitimidade ativa exclusiva ao Ministério Público, sendo possível seu exercício por entes públicos ou privados, concedendo a lei, assim, a chamada legitimidade concorrente e disjuntiva. Concorrente, pois a legitimidade foi conferida a vários entes e disjuntiva, porque cada legitimado poderá agir sozinho. Todavia, o Ministério Público tem-se destacado, dentre os diversos colegitimados, na utilização da ação civil pública para o controle da Administração Pública. Mesmo quando outros colegitimados dela a utilizam, ele é o legitimado subsidiário principal, já que, em caso de desistência da ação pelo autor original, será o Ministério Público intimado para manifestar seu interesse em assumir a titularidade plena do polo ativo da demanda, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985.

Esta ação pode ser utilizada para a defesa de direitos difusos – aqueles de transindividualidade real essencialmente coletivos, de objeto indivisível, de titulares agregados por circunstâncias do fato e indeterminabilidade absoluta dos titulares –, bem como de direitos coletivos, aqueles de transindividualidade real, objeto indivisível, titulares agregados por relação jurídica entre si ou com a parte contrária e determinabilidade dos titulares (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2012, p. 76).

Apesar de a Lei n. 7.347/1985 aparentemente ainda se focar na atuação judicial do Ministério Público, ela abriu as portas para sua atuação extrajudicial, prevendo dois importantes instrumentos de atuação: o inquérito civil público e o termo de ajustamento de conduta.

O inquérito civil é um procedimento preparatório, com a finalidade de obter elementos probatórios para a propositura de futura ação civil pública, bem como de “fornecer ao Ministério Público subsídios para que possa formar seu convencimento sobre os fatos e, sendo necessário, identificar e empregar os melhores meios” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2013, p. 163).

O inquérito civil poderá ser instaurado de ofício, por intermédio de requerimento apresentado por qualquer pessoa e por deter-

minação do procurador-geral de Justiça ou pelo órgão superior do Ministério Público (Resolução n. 23/2007 – CNMP, art. 2º).

A instauração do inquérito civil abre ao Ministério Público a possibilidade de realizar ampla atividade de investigação para esclarecimento de uma situação possivelmente violadora de direitos. Todavia, a atividade do Ministério Público não se limita a documentar a violação de direitos e a acionar o Poder Judiciário para restaurar a ordem jurídica constitucional; poderá o Ministério Público entender-se diretamente com as instituições públicas ou privadas para realizar uma composição extrajudicial, por meio do termo de ajustamento de conduta.

Os dois modelos de Ministério Público (demandista e resolutivo) não se excluem, mas são faces distintas de uma mesma moeda, pois conferem ao *Parquet* a possibilidade de atender suas finalidades e os objetivos da Carta da República, tendo como ponto de partida maneiras de atuar diferentes.

Nesse sentido afirma Rodrigues (2015):

O MP Resolutivo não implica num combate irracional ou iconoclasta ao perfil demandista da instituição (e nem poderia em face à Constituição). E sim num fortalecimento do perfil proativo, uma mudança necessária para preservar e não destruir a própria natureza da instituição. É a junção do passado com o futuro, construindo o presente. É o vinho novo despejado em barril velho [...].

Essa mudança de acento poderia ser sintetizada de duas formas: o modelo resolutivo impõe ao Ministério Público uma atuação na prevenção da ocorrência da violação de direitos de interesse social e, uma vez ultimada a violação do direito, cabe ao Ministério Público procurar solucionar a situação de violação de direitos preferencialmente com recursos de autocomposição extrajudicial (conciliação, mediação, práticas restaurativas) visando à construção de um compromisso significativo para a recomposição da plena fruição dos direitos violados¹.

1 Sobre o compromisso significativo como técnica de afirmação (aqui jurisdicional) de direitos fundamentais sociais que exijam implementação de políticas públicas, ver Araújo Júnior (2015).

Nesse sentido, Rodrigues (2015) afirma que o modelo resolutivo pode ser conceituado como “uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem [...] conflituosos, utilizando seu perfil de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de [...] demandar, como *prima ratio*, a justiça”.

Na mesma linha, Goulart (2016) afirma:

Proativa no sentido de que o agente do Ministério Público deve se antecipar às situações de crise, atuando independentemente de provocação, tomando iniciativa com base nos estudos e diagnósticos que nortearam a elaboração dos planos e programas de atuação. Resolutiva no sentido de que deve resolver as questões que lhe são postas preferencialmente de forma direta, nos seus próprios procedimentos e em diferentes fóruns, deixando a judicialização das questões como último recurso.

E ainda, Almeida (2010, p. 60) assevera que:

[...] nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea.

Esse leque de instrumentos de atuação extrajudiciais foi fortalecido com o advento da LC n. 75/1993 e da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica do MPU e dos Ministérios Públicos estaduais, respectivamente). A nova legislação previu o uso da recomendação (LC n. 75/1993, art. 6º, inciso XX), e novos instrumentos de diálogo com a sociedade, como os relatórios periódicos para avaliação de políticas públicas e as audiências públicas (Lei n. 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, inciso IV). Apesar da separação umbilical do Ministério Público em relação ao Executivo, com a proibição de consultoria jurídica (CF/1988, art. 129, inciso IX), a LC n. 75/1993 previu em seu art. art. 6º, §§ 1º e 2º a

possibilidade de o Ministério Público participar ativamente da construção das políticas públicas, mediante a participação em órgãos colegiados (como Conselhos de Direitos) e ainda como instituição observadora de deliberações de órgãos públicos em temas relacionados às suas atribuições.

Ao lado da atuação proativa e preventiva, a legislação veio igualmente prever um instrumento de responsabilização pessoal dos agentes públicos em caso de efetiva violação dos direitos sociais ou indisponíveis em jogo: a improbidade administrativa. Com efeito, o Ministério Público possui a atribuição constitucional de tutelar o patrimônio público (CF/1988, art. 129, III). Essa atribuição constitucional legitima-o à titularidade ativa da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.426/1992). Outrossim, a legitimidade infraconstitucional do Ministério Público para a tutela do patrimônio público está disposta na Lei Orgânica do Ministério Público estadual (Lei n. 8.625/1993, art. 25, IV, *b*) e na Lei Complementar n. 75/1993 (art. 6º, VII).

Assim, o inquérito civil é um importante meio para a investigação da prática do ato de improbidade administrativa pelo Ministério Público. Mesmo que a Lei de Improbidade Administrativa não conferisse ao Ministério Público a possibilidade da instauração do inquérito civil nesse domínio, o Ministério Público inevitavelmente poderia utilizar este instrumento, uma vez que a Carta da República assim determina em seu art. 129, inciso II, bem como na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.437/1985) em seu art. 8º, § 1º.

Nesse sentido, asseveram Garcia e Alves (2013, p. 750):

Pelo que se percebe da disciplina constitucional e legal, ação civil pública e inquérito civil são instrumentos que se relacionam com grande intimidade, servindo este último à identificação da hipótese legitimadora do *Parquet*, possibilitando-lhe detectar, em última análise, a existência, ou não, do interesse de agir. Apresentam-se, deste modo, como mecanismos indissociáveis no cumprimento dos misteres constitucionalmente conferidos à Instituição, vocacionados, ambos, à *proteção do patrimônio público e social*. [Grifo no original].

Dessa forma, se verificado no curso do ICP a prática de improbidade administrativa, será possível aviar-se ação civil pública para promover a responsabilização do agente público. A legitimidade do Ministério Público para esta ação está lastreada na função institucional disciplinada no art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Com efeito, a jurisprudência pátria há muito afirma que o ato de improbidade administrativa afeta o interesse coletivo². Nesse sentido, afirmam Garcia e Alves (2013, p. 750):

Se considerarmos que a Lei n. 8.429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesse difuso, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais legitimados, torna-se clara.

Vejamos com mais vagar.

3 A atuação do Ministério Público na Lei de Improbidade Administrativa

A improbidade administrativa surge como mais um instrumento de combate à corrupção. Esta perspectiva de corrupção “indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiro” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 49).

No Brasil, a primeira lei a tratar do combate à improbidade administrativa foi a Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei n. 3.164/1957), diploma normativo que veio a lume onze anos após o seu marco constitucional (Carta da República de 1946), tendo como ponto relevante a legitimidade ativa do Ministério Público e de qualquer pessoa do povo, consubstanciando, neste último caso, verdadeira

2 Ver: STJ, 1º T., REsp 154128/SC, rel. min. Milton Luiz Pereira, j. 15.5.1998, *DJ* 18 dez. 1998; STJ, S1, REsp 1366721/BA, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão min. Og Fernandes, j. 26.2.2014, *DJe* 19 set. 2014; STJ, S1, REsp 1319515/ES, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão min. Mauro Campbell Marques, j. 22.8.2012, *DJe* 21 set. 2012.

“ação popular de improbidade administrativa” que não foi repetida na atual Lei n. 8.429/1992 (NEVES; OLIVEIRA, 2014, Kindle 502).

Todavia, a improbidade administrativa transcende o tradicional crime de corrupção, abrangendo o conceito de moralidade e probidade administrativa. Há certa divergência doutrinária acerca da diferença de moralidade e probidade. Para Wallace Paiva Martins Júnior, a probidade administrativa é um subprincípio da moralidade, pois aquela “estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública (sendo esta titular do direito)” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 103). Por sua vez, Garcia e Alves afirmam que o princípio da probidade administrativa é mais amplo do que o da moralidade, porque a probidade vai além dos elementos morais, bem como sua violação acaba englobando a moralidade administrativa (GARCIA; ALVES, 2013, p. 120).

Impende destacar a lição de Di Pietro (2003, p. 657):

[...] quando se fala em improbidade administrativa como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquele tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente ilegais.

Por fim, há aqueles que asseveram não existir diferenças entre ambos, pois é “desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1089). Para os fins deste artigo, adota-se este último posicionamento, tendo-se em vista que a própria Constituição Federal não buscou diferenciá-los.

O princípio jurídico da moralidade administrativa surge com Maurice Hauriou, com a instalação do Conselho de Estado, na França, após a queda do Regime Francês, tendo como propulsor a análise do elemento móvel do agente público, a fim de evitar o excesso e o desvio de poder pelos agentes do Estado (v. GARCIA; ALVES, 2013, p. 131).

A moral administrativa não se confunde com a moral comum, pois esta é eminentemente volátil e norteada por conceitos filosóficos e sociológicos, sendo “o conjunto de valores comuns entre membros da coletividade em determinada época; ou, sob uma ótica restritiva, ou manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo seus deveres consigo [...]” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 127).

Ao contrário, moralidade administrativa, enquanto conceito jurídico derivado da moral comum, possui especial relação com os conceitos de legitimidade política e de finalidade pública, justamente por ser o conjunto de regras retirado da estrutura interna da própria Administração Pública (MOREIRA NETO, 2014, Kindle 4070).

Nesse sentido, afirma Mello (2014, p. 123):

[...] entendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma moral social que traga consigo o menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

Assim, o princípio da moralidade administrativa exige um *plus* em relação à moralidade comum, pois deve observar a disciplina interna da Administração Pública, sendo que as normas desta visam a que o agente público aja com honestidade e com boa-fé. Este conceito de legalidade não é simplesmente formal, mas abrange a efetiva concordância prática com os princípios constitucionais que informam toda a atividade administrativa (legalidade constitucional).

O Ministério Público é legitimado a promover a responsabilização por improbidade administrativa. Nesse sentido, estabelece a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei n. 8.426/1992, art. 15 – que é obrigação da autoridade administrativa cientificar o Ministério Público da existência de procedimento administrativo para apuração de ato ímprobo, para que aquele exerça sua função institucional de fiscalização da ordem jurídica. Além deste requerimento pela autoridade administrativa, o Ministério Público poderá

agir de ofício, ou mediante representação (art. 22 da LIA). Ao tomar conhecimento de um ato de improbidade administrativa, o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo, ou ainda diretamente instaurar inquérito civil público para esclarecer os fatos.

Nesse sentido, aduzem Garcia e Alves (2013, p. 745):

[S]endo instrumento posto pelo legislador, com exclusividade, à disposição do *Parquet*, é o inquérito civil um precioso elemento de formação de *opinio actio*, viabilizando, a depender dos resultados alcançados, o exercício da ação civil pública. Por seu intermédio, através de coleta de documentos e de testemunhos, da realização de perícias e de inspeções pessoais etc., busca-se, num primeiro momento, a identificação das hipóteses que, em tese, ao teor do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, legitimam a atuação do Ministério Público, vale dizer, a identificação da existência de lesão ou ameaça a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. [Grifos no original].

A investigação do ato de improbidade administrativa terá como objeto colher provas relacionadas: a) ao sujeito ativo do ato ilícito; b) à espécie de ato praticado e, em caso de dano ao Erário, da extensão deste; e c) ao elemento subjetivo do tipo. A investigação da improbidade administrativa também buscará a cessação da ilegalidade e a reparação do ato ilícito, estando assim relacionada ao paradigma resolutivo do Ministério Público.

4 Ministério Público resolutivo e o uso da recomendação

4.1 Visão inicial

Conforme analisado anteriormente, o novo perfil resolutivo do Ministério Público trouxe-lhe um enorme leque de atribuições, diante da gama de direitos sociais previstos constitucionalmente. Em praticamente todas as áreas de atuação estatal há uma correspondente área de fiscalização pelo Ministério Público: saúde,

educação, segurança pública, trabalho, meio ambiente, proteção de crianças, adolescentes, idosos, deficientes e grupos vulneráveis, seguridade social, assistência social etc. E, para cada uma dessas áreas de atuação, é possível que uma grave violação dos deveres relacionados à legalidade constitucional (que abrange o conjunto de princípios que emolduram a atuação estatal) venha dar ensejo a uma ação de responsabilização no âmbito da improbidade administrativa, especialmente na modalidade de violação dos princípios da Administração Pública (LIA, art. 11).

Sobre o tema, afirma Ávila (2016, p. 502-503):

[H]á uma consolidação da função “resolutiva” do Ministério Público, em promover diretamente (em atuação extrajudicial) entendimentos e gestões tendentes à resolução de problemas, atuando como um relevante “catalizador jurídico” para que o Estado ou outras instituições da sociedade venham aderir ao projeto constitucional de justiça social. Exemplo relevante são os constantes Termos de Ajustamento de Conduta celebrados entre o Ministério Público e instituições públicas ou privadas para assegurar que essas instituições venham aderir ao modelo legal, sob pena de ações concretas de responsabilização pelo Ministério Público, e que acabam tendo um relevante efeito de propulsão de alteração de práticas institucionais.

Esse quadro impõe uma atuação proativa do Ministério Público na fiscalização da concretização das diversas políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, que passa pelo acompanhamento da construção das políticas públicas e pelo monitoramento de sua efetiva implementação e execução. Nessa atividade há um espaço inicial de liberdade do Administrador na escolha das diversas opções de concretização das políticas públicas, especialmente quando a própria lei já indica qual é o mínimo necessário à concretização de um direito fundamental. Havendo diversas possibilidades de concretização de um direito fundamental social, a escolha da “melhor” opção está na liberdade do Administrador, sujeita ao controle político pela sociedade (escolha de um programa político durante as eleições). Na ausência da definição infraconstitucional desse mínimo necessário, os princípios constitucionais abstratos encontram vigência na proi-

bição de proteção insuficiente, enquanto integrante do princípio da proporcionalidade em sua perspectiva de exigência de atuação ativa do Estado na promoção dos direitos fundamentais sociais (dever de proteção)³. Trata-se de reconhecer que há um núcleo essencial nos direitos fundamentais que não pode ser suprimido e que já exige coercibilidade imediata, não sendo lícito ao Administrador não permitir nenhuma concretização dos direitos fundamentais sociais.

Mesmo no campo do controle político, onde há efetivamente um espaço de liberdade de escolha ao Administrador, entende-se que ainda aí há um espaço importante para a atuação fiscalizatória do Ministério Público, na qualidade de promotor qualificado do debate democrático. Nesse sentido, não pode o Ministério Público determinar de forma cogente que uma determinada linha política deve ser necessariamente seguida. No entanto, pode analisar qual tem sido a linha política seguida pelo Executivo para a concretização dos direitos sociais, quais são as evidências dos estudos sobre a efetividade dessas políticas e as melhores práticas recomendadas para o aperfeiçoamento da atuação Executiva. Essa função de análise da efetividade das políticas públicas está respaldada pela previsão legal de elaboração de relatórios anuais e periódicos sobre a atividade de fiscalização realizada pelo Ministério Público (Lei n. 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, inciso IV), típica da função de *Ombudsman*. Esses relatórios deveriam ser antecedidos de amplo debate democrático, tendo como instrumento relevante as audiências públicas. Ainda que não possam num primeiro momento exigir que determinada política seja executada de determinada forma, os relatórios do Ministério Público serão mais um elemento de informação no mais amplo debate democrático sobre as políticas públicas, tornando-se, na expressão de Habermas, mais um dos canais de institucionalização de formas procedimentais de participação discursiva na formação das políticas públicas (HABERMAS, 1997, p. 182).

Assim, não se veem problemas em o Ministério Público expedir recomendações que visem à melhoria dos serviços públicos, conforme

3 Discutindo os limites do dever de proteção dos direitos fundamentais, especificamente no âmbito da segurança pública, ver Ávila (2014).

expressamente prevê a primeira hipótese indicada no art. 6º, inciso XX, da LC n. 75/1993, ainda que essa melhoria não seja imediatamente judicializável por meio de uma ação civil pública respectiva, diante da inexistência de norma legal que preveja especificamente que a alternativa indicada pelo Ministério Público é a única juridicamente aceitável. Nesse caso, apesar de haver diversas opções políticas a princípio abertas ao Administrador, um dos interlocutores do debate democrático, o Ministério Público, está a apontar, de forma fundamentada, que uma das alternativas é a mais eficiente de todas, e tal manifestação se incluirá num debate democrático mais amplo sobre as opções administrativas possíveis. O uso ético desta possível modalidade de recomendação há de residir em explicitação de seu caráter não imediatamente coercitivo, não sendo ético seu uso acompanhado de “ameaça” de pronta responsabilização por não atendimento da recomendação que visa tão somente à melhoria dos serviços públicos, ainda que sem base normativa cogente para a judicialização. Eventual responsabilização aqui, na seara de escolha de uma das diversas opções de concretização das políticas públicas relativas aos direitos sociais, ocorreria com a análise, *a posteriori*, da gravidade dos erros do Administrador, certamente qualificada pela oportuna expedição das recomendações do Ministério Público⁴. Obviamente, se já estiver documentado que a opção administrativa em curso é claramente ineficiente, então haverá imediatamente uma violação ao princípio da eficiência, a ensejar tutela judicial para a anulação desta opção inconstitucional. Escolhas administrativas claramente ineficientes violam o princípio da proporcionalidade, em sua modalidade “adequação”.

4 Não se procura aqui retirar a força normativa da recomendação para as situações de violações de direitos já configuradas (como se verá adiante), mas ampliar a tradicional atuação reativa do Ministério Público para uma atuação proativa e de viés preventivo, igualmente compatibilizando essa atuação com a não invasão da esfera de liberdade do Administrador para a escolha entre as diversas opções de concretização de políticas públicas dos direitos sociais. Essa atuação de “fiscalização de contribuição” não é totalmente nova, pois quando o Ministério Público participa do acompanhamento da construção de políticas públicas, por exemplo, mediante sua participação em órgãos colegiados estatais de defesa de direitos (v. LC n. 75/1993, art. 6º, § 2º), igualmente sua atuação não será imediatamente cogente, mas tão somente uma das contribuições à formação da decisão final.

Nessa atuação extrajudicial de fiscalização, é possível que o Ministério Público depare com violações de disposições normativas expressas já consumadas. Nessa situação, será cabível a celebração de termo de ajustamento de conduta, visando a reparar os direitos violados. Todavia, também é possível que o Ministério Público esteja acompanhando uma política pública e vislumbre uma possível situação de iminente violação de direitos; ou ainda que haja uma situação controvertida que está ensejando violações de direitos e, por se prolongar no tempo, é necessário advertir o Administrador de que a continuidade da situação ilegal poderá ensejar sua responsabilização. É possível, ainda, que em outras situações, quando não haja balizas legais estritas determinando como um direito fundamental deveria ser realizado, haja uma situação de concretização não ideal do direito, de forma que isoladamente uma microviolação não ensejaria, em tese, responsabilização do Administrador, por estar aparentemente na esfera de liberdade de concretização do direito fundamental; todavia, a iminente repetição em massa das microviolações e suas consequências para o sistema de proteção de direitos fundamentais ensejaria uma acumulação a adquirir relevância jurídica a ponto de configurar violação ao mínimo existencial desse direito.

Nessas situações, a recomendação mostra-se como relevante instrumento de diálogo interinstitucional, no sentido de clarear a posição do Ministério Público sobre uma situação potencialmente controvertida e indicar de forma expressa qual é a postura jurídica esperada pelo Ministério Público como lícita.

Apesar de não constar expressamente no texto constitucional, o instrumento da recomendação igualmente provém da Constituição da República, tendo em vista que a partir desta as funções institucionais do Ministério Público foram substancialmente aumentadas para incorporar a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais homogêneos e, ainda, zelar pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância social.

No plano infraconstitucional, a recomendação está disciplinada no inciso XX do art. 6º da Lei Complementar n. 75/1993, que se

aplica aos estados por força do art. 80 da Lei n. 8.625/1993, e no art. 15 da Resolução n. 23/2007 do CNMP, como instrumento competente para o Ministério Público cumprir com suas funções de supervisão e observância da ordem jurídica pelos agentes públicos. Há ainda uma previsão genérica do instituto no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993, sem disciplina específica.

Essa atribuição do Ministério Público possui paralelo no Direito estrangeiro com a figura de origem sueca do *Ombudsman*, a quem compete “supervisionar a observância da ordem jurídica pelos agentes públicos” (GARCIA, 2014, p. 563), ou seja, cabe a este receber as denúncias de irregularidades ligadas ao Poder Público, realizar as diligências que se fizerem necessárias, a fim de esclarecer a veracidade dos fatos, bem como buscar judicialmente a responsabilização dos agentes públicos.

Corroborando este entendimento, Rodrigues (2012, p. 57) afirma:

A recomendação legal é, pois, um dos instrumentos típicos de atuação do *Ombudsman*, conferida pelo constituinte ao Ministério Público, e consiste numa tomada de postura da instituição em favor da adequação da prestação de um serviço público, ou da implementação de uma política pública ou da observância de condutas mais consentâneas pelos particulares ou pelo Poder Público com a efetivação de determinados direitos dos cidadãos. Sua autoridade reside na autoridade constitucional da função de *Ombudsman* e, embora lhe falte eficácia impositiva em decorrência de sua lógica intrínseca e pela dificuldade de o Ministério Público impor condutas unilateralmente sem recorrer ao Poder Judiciário, estabelece para o destinatário o dever de justificar seu não atendimento [...].

Assim, apesar da ausência expressa da figura da recomendação na Carta da República, há de se reconhecer sua decorrência lógica das atribuições do *Parquet*, enquanto um dos poderes implícitos da instituição. Nesse sentido, afirma Miranda (2013, p. 493):

[...] de que adiantaria a Constituição da República dotar o Ministério Público de seu atual perfil de defensor do Estado Democrático de Direito, se não lhe proporcionasse os meios – mormente os mais céleres – para atingi-los? A previsão constitucional

(art. 129, II – CF/88) de atribuição de *Ombudsman* (defensor do povo) ao Ministério Público não deixa dúvida quanto ao amparo implícito do texto constitucional ao instituto da recomendação, que é, historicamente, um dos principais instrumentos utilizados pelo *Ombudsman* no Direito Escandinavo, onde nasceu tal figura.

E conclui Miranda (2013, p. 496):

Busca-se, com a recomendação, a escorreita prestação dos serviços públicos ou de relevância pública, bem como o respeito a direitos e bens pelos quais tem incumbência de velar o membro do Ministério Público, o que evidencia uma ampla possibilidade de se utilizar o instituto, na medida que é enorme a gama de direitos sociais e individuais indisponíveis protegidos em nosso país e que, portanto, encontram-se sujeitos à fiscalização ministerial.

Portanto, a recomendação é um ato administrativo à disposição do Ministério Público, a fim de facilitar que este cumpra com suas funções institucionais de fiscalização da ordem jurídica, exarado de forma unilateral, não tendo natureza de título executivo extrajudicial, bem como não possuindo característica de ato jurisdicional.

Em regra, a recomendação é expedida em procedimento administrativo ou inquérito civil, o que permite a constatação de que a natureza jurídica da recomendação é de ato administrativo enunciativo de efeitos concretos. Esta tem sido a posição da doutrina⁵ e da jurisprudência⁶.

5 Ver por todos Miranda (2013, p. 499).

6 “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, OBJETIVANDO A CIENTIFICAÇÃO ACERCA DE OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AO REQUERIDO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, I C/C ART. 295, INC. III, AMBOS DO CPC. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. [omissis] 6 - Instrumentalidade do procedimento positivado no art. 867 que se vincula, eminentemente, às relações jurídicas entre partes posicionadas no mesmo plano horizontal de igualdade. De forma antagônica, a notificação recomendatória possui natureza de ato administrativo enunciativo, como reflexo do poder de império imanente à atuação extrajudicial do Ministério Público, enquanto ente estatal. 7 - Recomendação emitida diretamente pelo ‘Parquet’ que mostra-se ser medida mais célere, eficaz e de menor custo, em relação ao ajuizamento de uma demanda, para o mesmo fim, por intermédio do

Após a expedição da recomendação ou celebração do termo de ajustamento de conduta, será necessário um procedimento de acompanhamento do acatamento da recomendação ou cumprimento do acordado no TAC. Nesse sentido:

[...] acompanhar a implementação das recomendações abrange esclarecer se elas foram implementadas, ou seja, prosseguir na investigação dos eventuais desvios decorrentes da sua não implementação, especialmente no âmbito de um Inquérito Civil Público. Caso não haja cumprimento das recomendações, o Ministério Público deve providenciar a responsabilização cabível ou o ajuizamento da ação civil pública pertinente, sob pena de esvaziamento desse instituto processual. (ÁVILA, 2016, p. 609).

4.2 Distinção entre a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto somente versava sobre os tutelados pelo diploma normativo. Posteriormente,

Poder Judiciário. [omissis] (PROCESSO: 00004853020124058204, AC543944/PB, DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA), Terceira Turma, JULGAMENTO: 25.4.2013, PUBLICAÇÃO: DJE 21 maio 2013 - Página 272).

MANDADO DE SEGURANÇA. RECOMENDAÇÃO EXARADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A não intervenção do Ministério Público Federal em 1ª instância como custos legis, muito embora se consubstancie em irregularidade, não enseja a anulação da sentença, se não ficou evidenciado prejuízo. Na hipótese, o ato inquinado de ilegal foi praticado por Procuradora da República, que apelou da sentença concessiva de segurança. Em segundo grau, o Representante do Ministério Público Federal no Tribunal exarou parecer. A irregularidade advinda do fato de o Ministério Público Federal não ter exarado parecer em 1º grau restou sanada, portanto. 2. Recomendação expedida pelo Ministério Público, com fundamento no art. 6º, XX, da Lei Complementar 75/93, é ato enunciativo de efeito concreto, com poder coercitivo sobre seus destinatários, passível portanto de ser impugnada por mandado de segurança. 3. Na hipótese, a recomendação impugnada violou o direito à livre associação sindical, previsto no art. 8º, I, da Constituição Federal. 4. Apelação e remessa a que se nega provimento (AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 37026 – Processo 200002010556481. UF: RJ. Órgão Julgador: Primeira Turma - Data da decisão: 30.9.2002 – rel. juíza Simone Schreiber).”

o Código de Defesa do Consumidor acresceu o § 6º ao art. 5º da LACP (Lei n. 7.347/1985), fortalecendo esse instrumento de atuação extrajudicial no âmbito da tutela coletiva.

A primeira distinção da recomendação e do compromisso de ajustamento de conduta é a legitimidade; pois, enquanto naquela somente o Ministério Público tem legitimidade para sua expedição, neste todos os órgãos públicos poderão tomar do interessado compromisso de ajustamento de sua conduta (LACP, art. 5º, § 6º).

A segunda distinção é a natureza jurídica, uma vez que, enquanto na recomendação a doutrina majoritária é de que esta é ato administrativo, no compromisso de ajustamento de conduta há quem entenda ser ato jurídico unilateral (CARVALHO FILHO, 2009, p. 222), quem entenda ser uma espécie de acordo (AKAOUI, 2008, p. 70) e, por fim, quem entenda ser ato administrativo negocial (MAZZILLI, 2009, p. 408).

A terceira distinção é a possibilidade de no compromisso de ajustamento de conduta o Poder Público fixar multa diária, o que não poderá ser feito na recomendação, tendo-se em vista ser um ato unilateral.

A quarta distinção é que a recomendação tem caráter preventivo, pois, caso o agente público corrija sua postura após o recebimento da recomendação, não haverá a necessidade de outras providências; por sua vez, o compromisso de ajustamento de conduta tem caráter repressivo, haja vista que será manejado pelo Ministério Público/Poder Público após a constatação do dano causado pelo compromitente.

Por fim, o compromisso de ajustamento de conduta possui força de título executivo extrajudicial, não tendo a recomendação a mesma força executiva. Assim, descumprida a recomendação, deverá o Ministério Público promover a responsabilização do agente e/ou ainda manejar a competente ação civil pública para determinar a correção da ilegalidade.

Por não ter efeitos coercitivos imediatos, trata-se de um instrumento de comunicação da posição unilateral do Ministério Público, assemelhando-se a uma notificação, com a finalidade de

promover a adequação de determinada situação, comportamento ou conduta que esteja em descompasso com o determinado pela ordem jurídica. Na prática, acaba tendo o efeito de meio alternativo de resolução de conflitos.

A recomendação, apesar da denominação, não poderá ser vista como simples sugestão, conselho ou forma de persuasão sem força cogente. Nas hipóteses de ilegalidades e violações de direitos, já há um ilícito concretizado a ensejar responsabilização. Ainda que a recomendação não seja condição de procedibilidade da futura responsabilização, o recebimento da recomendação e seu não atendimento fortalece a prova do dolo do agente e abre a via da responsabilização penal, civil e administrativa, sem prejuízo das medidas judiciais para a correção do ato ilegal.

Vale ressaltar que não é cabível transação sobre a responsabilização decorrente de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, LIA)⁷.

5 A possibilidade de a recomendação ser utilizada como instrumento para fixação do dolo na ação civil pública por improbidade administrativa

5.1 A teoria

Conforme demonstrado em linhas pretéritas, o Ministério Público tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social (CF, art. 129, inc. III). Com lastro nesta função, cabe ao *Parquet*, quando tomar ciência da prática de ato de improbidade administrativa, utilizar dos meios postos à sua disposição e tomar as providências adequadas para a correção da conduta ilícita, sendo possível a instauração do inquérito civil.

7 A Medida Provisória n. 703, de 18.12.2015, suspendeu a vigência do referido dispositivo, todavia teve sua própria vigência encerrada no dia 29.5.2016, de sorte que o dispositivo original, que proibia acordos em casos de improbidade administrativa, voltou a ter vigência.

A instauração do inquérito civil é um passo para a propositura da ação civil por ato de improbidade administrativa, uma vez que visa colher provas, por intermédio da expedição de notificações, requisições e recomendação para a propositura de uma futura ação civil pública de improbidade administrativa. No bojo deste procedimento inquisitivo será possível a expedição de recomendação. Apesar de a prévia recomendação não ser condição de procedibilidade da ação civil pública, este é um instrumento relevante de fortalecimento da atuação extrajudicial do Ministério Público, especialmente quando o ato ilegal ainda não se consumou (atuação preventiva), ou ainda está numa possível situação controvertida, de sorte que o não atendimento da recomendação explicitaria o elemento subjetivo do ilícito.

Com efeito, com o passar dos anos, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que não há previsão de responsabilidade civil objetiva no âmbito da improbidade administrativa, de sorte que, “para ser reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo”⁸.

O conceito de dolo da ação de improbidade administrativa é extraído das Ciências Penais, sendo determinado como “a vontade consciente de realizar um crime [...], também definido como saber e querer em relação às circunstâncias do fato do tipo legal” (SANTOS, 2006, p. 132).

No mesmo sentido, afirma Bitencourt (2015, p. 355) que o “dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Wezel, ‘dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito’”. Do conceito de dolo percebemos dois elementos integrantes: elemento intelectual (consciência) e elemento volitivo (vontade).

⁸ STJ, 2T, AgRg no AResp 435657-SP, rel. min. Humberto Martins, j. 15.5.2014, *DJe* 22 maio 2014. Ver ainda: STJ, 1T, AgRg no Resp 1190403-MG, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 7.6.2016, *DJe* 23 jun. 2016; STJ, 2T, AgRg no Resp 210361-PE, rel. min. Herman Benjamin, j. 17.5.2016, *DJe* 1º jun. 2016; e TJDFT, 2T, APC 2090111241564, rel. des. Sérgio Rocha, rel. designado des. João Egmont, j. 24.2.2016, *DJe* 15 mar. 2016.

O elemento intelectual é a consciência do preenchimento dos requisitos objetivos do ato de improbidade administrativa, ou seja, o agente tem o entendimento de que com sua conduta viola o bem juridicamente tutelado pelo legislador. Esclarecendo o sentido deste elemento, assevera Busato (2013, p. 413):

É óbvio, porém, que não se exige para o dolo um conhecimento absoluto ou exato dos elementos componentes do tipo de ação ou omissão. Por exemplo: não é necessário que se saiba a quem pertence a coisa furtada, basta somente que se saiba que é alheia. Fala-se, no caso, na exigência de uma valoração paralela na esfera do leigo, ou seja, o sujeito deve ter um conhecimento aproximado da significação social ou jurídica de tais elementos, pois do contrário apenas os juristas seriam capazes de atuar dolosamente.

Por sua vez, o elemento volitivo é a vontade de realizar o ato ímprobo que conduz à violação do objeto tutelado, pois “a primeira questão a colocar é o fato de que quem atua com dolo atua com o compromisso para com a realização do resultado, ou seja, com um querer dirigido à produção do resultado, já que quem quer, quer algo” (BUSATO, 2013, p. 414). Logo, para ficar caracterizada a prática do ato ímprobo, deverá ser demonstrado ao menos o dolo genérico de violar o disposto na Lei n. 8.429/1992. Seria possível questionar se a configuração do dolo na improbidade administrativa demandaria o mesmo nível de rigor usualmente exigido no âmbito criminal, haja vista a existência de um conjunto de deveres de cuidado (e precaução) próprios das autoridades administrativas, todavia tal análise transcenderia os limites estritos do presente estudo.

O outro elemento subjetivo é a culpa, sendo esta verificada quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A imprudência é a conduta comissiva, marcada por um descuido ou falta de cautela por parte do agente.

Impende salientar que o dolo é elemento subjetivo que poderá ser demonstrado nas três espécies de ato de improbidade administrativa, ou seja, no caso de enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao Erário (art. 10) e violação aos princípios da Administração Pública (art. 11). No entanto, conforme entendimento jurisprudencial, a

culpa poderá ser demonstrada somente no caso de dano ao Erário, pois somente neste caso o legislador possibilitou a responsabilização a título de ação culposa⁹.

Assim, sendo o agente público cientificado pelo Ministério Público, por intermédio da recomendação, de que seu comportamento está em desconformidade com a Lei e, em sequência, se negando a cumprir o recomendado, o agente demonstra ter consciência da ilicitude de sua conduta e vontade de violar a norma jurídica, estando formalmente explicitado seu dolo, havendo a subsunção de sua conduta à norma (LIA).

Essa possível finalidade da recomendação de comprovação documental do dolo tem sido recorrentemente destacada pela doutrina. Nesse sentido, afirma Brasil (2014, p. 114-115):

Como é evidente, a não-adoção das providências indicadas na recomendação, por parte do destinatário, ensejará, em regra, a propositura da ação civil pública prevista na Lei n.º 8.429/1992. Cumpre, portanto, esclarecer as exatas conseqüências do descumprimento do instituto, destacando o que possa reforçar a pretensão do Ministério Público à obtenção das medidas sugeridas. [...]

9 “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [omissis] 4. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [omissis] (STJ, AgRg no AREsp 798.434/SP, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. em 19.4.2016, *DJe* 25 maio 2016).”

Destarte, um efeito direto dessa força moral e política é proporcionar a comprovação documental da ausência de boa-fé da pessoa ou ente destinatário que, mesmo tendo recebido a recomendação, continuou a proceder ilicitamente. Nesse passo, o instituto assemelha-se à notificação: uma vez comunicado do conteúdo da recomendação, não poderá o destinatário escudar sua conduta no desconhecimento prático de suas consequências – ou seja, não poderá invocar a boa-fé em seu comportamento. Esse efeito comunicativo é comum a todos os modos de recomendação.

Corroborando este entendimento, Garcia (2014, p. 555-556) afirma:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação dos elementos anímicos que direcionaram 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 dos princípios da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará demonstrado.

Posto isto, fica demonstrado que, expedida a recomendação e restando esta descumprida pelo agente público, o dolo da improbidade administrativa, ou seja, o saber e querer praticar o ato ímprobo estará devidamente comprovado, de forma que o procedimento no qual foi expedida a recomendação poderá validamente lastrear o acervo probatório que sustenta a posterior ação civil pública de responsabilização.

5.2 A casuística

Como exemplificação da teoria supraindicada, serão analisados dois casos em que houve expedição de recomendação pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com possível efeito de individualização do dolo para futura ação de improbidade administrativa, e um caso em que não houve tal utilização.

No primeiro caso, no dia 23 de setembro de 2016, o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP) e a Procuradoria Distrital dos Direitos do Cidadão (PDDC) expediram a Recomendação Conjunta n. 2/2016, endereçada ao governador do Distrito Federal, ao diretor-geral da Polícia Civil do Distrito Federal e ao diretor do Departamento de Polícia Circunscricional da Polícia Civil do Distrito Federal, com a finalidade de revogarem a Ordem de Serviço n. 46/2016, expedida pelo diretor de departamento da Polícia Circunscricional, a qual cedia diversos policiais para trabalharem em outros órgãos públicos, por conveniência e liberalidade administrativa. Ficou documentado no procedimento instaurado que, após a expedição da referida ordem de serviço, houve a suspensão do atendimento ao público e registro de ocorrências policiais não flagranciais em regime de plantão em diversas delegacias de Polícia, atividades que passaram a ficar a cargo de apenas nove centrais de flagrante em todo o DF. A recomendação indicou que a liberação de servidores públicos por mera liberalidade deveria atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição Federal de 1988); todavia, no caso concreto, o fechamento do plantão de diversas unidades policiais para permitir a liberação de policiais para fora da Polícia estaria causando transtornos à população e seria contraditório com tais princípios administrativos. A recomendação afirmou: “o descontrole administrativo destas ações de alocação de pessoal tem ocasionado deficiência destes servidores – Delegados de Polícia e Agentes de Polícia – na principal atividade da Polícia Civil de atendimento à população nas Delegacias de Polícia Circunscricionais”. Com essas considerações, recomendaram-se, no prazo de 10 dias, a revogação da Ordem de Serviço que cedia policiais a outros órgãos do Executivo e a realização de adequação da alocação de policiais nas estruturas da Polícia Civil do DF, com a finalidade de se restabelecer o pleno funcionamento das Delegacias de Polícia Circunscricionais em regime de plantão.

Neste caso, apesar de a recomendação não ter feito menção expressa a eventual improbidade administrativa, houve a indicação clara de uma determinada conduta praticada pelo diretor de departamento da Polícia Circunscricional, e a seguinte omissão de controle

hierárquico pelo diretor-geral da Polícia Civil e pelo próprio governador do Distrito Federal, o que viola os princípios da Administração Pública ao não permitir uma boa prestação dos serviços. Portanto, a violação dos princípios da Administração Pública poderia, se persistisse a situação, configurar eventual improbidade administrativa, na modalidade do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992. Vale ressaltar que a Resolução n. 20/2007 do CNMP disciplina que a repercussão na área civil, na execução da atividade do controle externo, é justamente a possibilidade de protocolizar ação civil pública pela prática do ato de improbidade administrativa, nos casos em que o ordenamento jurídico e as recomendações não são observadas (art. 4º, § 3º)¹⁰. Também há precedentes jurisprudenciais admitindo a responsabilização por improbidade administrativa de autoridades policiais, no âmbito do exercício do controle externo da atividade policial¹¹.

Assim, não poderia posteriormente o diretor-geral da Polícia Civil alegar que não tinha conhecimento de que a liberação de policiais estaria causando sérios transtornos ao bom funcionamento das demais unidades policiais, pois o fato lhe fora formalmente comunicado pelo Ministério Público, com a recomendação individualizada das medidas que deveriam ser adotadas para a solução do problema e que efetivamente estavam ao seu alcance. Ademais, o exemplo indica uma situação que se prolonga no tempo, já que, enquanto os policiais estiverem cedidos indevidamente, permanecerá diminuída a capacidade laborativa da instituição policial, de sorte que igualmente há especial interesse do Ministério Público

10 “Art. 4º [...] § 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível e, desde que não possua o órgão do Ministério Público encarregado desse controle atribuição também para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, incumbe a este encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com a referida atribuição. (Redação dada pela Resolução nº 65, de 26 de janeiro de 2011).”

11 Ver: TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20.10.2011; TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20.10.2011; TJRS, 2ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042394650, rel. des. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, j. 22.6.2011.

em resolver isso o mais rápido possível, o que recomenda a auto-composição extrajudicial mediante o instituto da recomendação.

No segundo caso, o governador do Distrito Federal nomeou sua mãe e filha para exercerem cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo do Distrito Federal. A 5ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social instaurou o Inquérito Civil Público n. 08190.064722/14-10, no qual ficou comprovada a prática de nepotismo, tendo então expedido a Recomendação n. 17/2014, onde informou expressamente ao então governador, Agnelo Queiroz, a situação de nepotismo, bem como recomendou-lhe a exoneração de, ao menos, uma das servidoras envolvidas. No entanto, a recomendação não foi atendida, sendo mantida a nomeação das suas familiares, em evidente violação do Enunciado Sumular Vinculante n. 13 do STF. Diante dessa situação, o não atendimento da recomendação explicitou de forma inquestionável o dolo do governador na improbidade, pelo que após seis meses foi ajuizada Ação Civil Pública de Responsabilização por Ato de Improbidade Administrativa, para aplicação das sanções do art. 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/1992). Curiosamente neste caso a defesa do governador na ação foi que ele não tinha conhecimento de que a mãe e filha foram nomeadas para os cargos; obviamente, esta defesa não poderá ser aceita, pois a expedição da recomendação e a omissão de seis meses em tomar providências deixam explícito e inquestionável o dolo sobre a situação ímproba de nepotismo¹².

12 No dia 15 de dezembro de 2014, foi protocolizada ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, em desfavor de Agnelo Queiroz, Lânia Maria Alves e Stefânia Alves Pinheiro, sob o n. 2014.01.1.196733-0. Em 16 de novembro de 2016, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, e o réu Agnelo Santos Queiroz Filho foi condenado pela prática de ato de improbidade administrativa capitulado no artigo 11, I, da Lei n. 8.429/1992, o que o sujeitou à suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de três anos, ao pagamento multa no valor de duas vezes a remuneração então percebida e à proibição de contratar com o Poder Público ou creditício, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de três anos, conforme o art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992. No dia 13 de março de 2017, o réu Agnelo Queiroz protocolou recurso de apelação, distribuído para a 2ª Turma Cível, tendo como relatora a Desª. Sandra Reves Vasques Tonussi. Em

Noutro giro, apesar dos exemplos antes indicados, impende salientar que a recomendação não pode ser considerada como pré-requisito necessário para a configuração do ato ímprobo, mas, sim, um instrumento relevante e facilitador da comprovação do dolo posto à disposição do Ministério Público, pois tal instrumento tem uma alta carga probatória (impossibilidade de posteriormente se alegar desconhecimento da situação).

Foi o que ocorreu no âmbito da ACP n. 2015.01.1.130851-7, ajuizada pelo Ministério Público em desfavor do deputado distrital Christianno Araújo e de Ana Lúcia Pereira de Melo. Após notícias veiculadas pela imprensa, ficou documentado que o deputado distrital nomeou a esposa de seu tio para trabalhar diretamente em seu gabinete. Por se tratar de parente por afinidade de terceiro grau, diretamente vinculada à autoridade pública, inexistente qualquer possível dúvida a justificar a necessidade de prévia documentação do dolo mediante expedição de recomendação¹³.

Ademais, considerar a recomendação como um pré-requisito obrigatório para a configuração do ato de improbidade seria diminuir o alcance da Lei n. 8.429/1992, haja vista que tal interpretação restringiria os legitimados ativos para a propositura da ação de improbidade administrativa, uma vez que a recomendação somente está à disposição do Ministério Público, diante de sua função de *Ombudsman*.

22 de maio de 2017, o recurso de apelação não foi conhecido, ante sua extemporaneidade. No fechamento da redação deste artigo, o processo ainda estava pendente de trânsito em julgado.

13 No dia 17 de novembro de 2015, foi protocolizada ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, em desfavor de Christianno Nogueira Araújo e Ana Lúcia Pereira de Melo, sob o n. 2015.01.1.130851-7. No dia 24 de abril de 2017, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, e os réus condenados a ressarcir integralmente o dano que causaram – o qual deverá ser calculado em liquidação de sentença –, bem como ao pagamento de multa civil no valor do dano causado, à perda da função pública, caso ainda exercida, e à suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de cinco anos. No fechamento da redação deste artigo o processo estava pendente de apreciação de embargos de declaração contra a sentença, opostos pelos réus no dia 2 de maio de 2017.

Assim, se a situação de improbidade já está claramente configurada, será possível imediatamente ajuizar-se a ação de improbidade administrativa, sendo desnecessária a prévia recomendação. Todavia, se a situação é possivelmente dúbia, a expedição da recomendação tornará certa a ciência do fato e, persistindo a ilicitude sem pronta correção, clareará a vontade de praticar o ato, facilitando sobremaneira a prova do dolo em juízo. Igualmente, caso se trate de condição que se prolonga no tempo, a recomendação, enquanto instrumento de atuação extrajudicial, terá especial utilidade para fazer cessar imediatamente o ilícito.

6 Considerações finais

A Carta Constitucional concedeu ao Ministério Público o papel de fiscal dos direitos sociais, equiparando-se tal atuação à figura nórdica do *Ombudsman*. Além de a Constituição Federal prever a figura do inquérito civil público, posterior legislação infraconstitucional reforçou a atuação extrajudicial do Ministério Público, com instrumentos como termo de ajustamento de conduta, recomendação, relatórios periódicos e audiências públicas.

O Constituinte elencou como princípio constitucional a moralidade/probidade administrativa, sendo o Ministério Público um dos legitimados para promoção da responsabilização decorrente da improbidade administrativa, bem como da reparação do dano causado à Administração Pública. A promoção desta reparação decorre de a probidade administrativa configurar um interesse público primário.

O Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de evitar a responsabilidade objetiva dos sujeitos ativos do ato de improbidade, pacificou o entendimento de ser necessária a demonstração do dolo ou da culpa para a configuração da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992).

Nesse contexto, a recomendação apresenta-se como instrumento útil à demonstração do dolo do sujeito ativo do ato ímprobo, pois, diante da notícia de que o agente público está exercendo um comportamento ilícito, o órgão ministerial poderá utilizar tal instru-

mento para admoestar este, a fim de corrigir o comportamento considerado ilícito. Este artigo defende a possibilidade de utilização da recomendação sem caráter imediatamente coercitivo, na hipótese de indicação de “melhorias nos serviços públicos” cujo não acatamento não acarrete imediatamente uma ilegalidade, de forma a fortalecer a atuação do Ministério Público como mais um dos canais de institucionalização de formas procedimentais de participação discursiva na formação das políticas públicas (HABERMAS, 1997).

No caso de ilegalidades na iminência de serem praticadas ou já praticadas, mas que necessitem de cessação imediata, a notificação da recomendação comprova a ciência do ilícito, e a omissão injustificada em tomar as providências cabíveis comprova a vontade de praticar (ou de continuar praticando) o ilícito. Este instrumento possui especial relevância quando a ilegalidade está em vias de ser praticada (atuação preventiva), ou ainda quando há um quadro de possível controvérsia jurídica que poderia trazer eventuais dúvidas sobre o dolo do agente.

Nessa perspectiva, caso seja atendida, a recomendação será um instrumento de autocomposição extrajudicial do Ministério Público e, caso não seja atendida, será relevante instrumento preparatório de documentação do dolo do agente para a posterior responsabilização por improbidade administrativa. Apesar de não ser um instrumento obrigatório antes do ajuizamento da ação civil pública de responsabilização por improbidade administrativa, a casuística analisada indicou que a recomendação se mostra como relevante estratégia de intervenção extrajudicial do Ministério Público.

Referências

AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta*. Ambiental. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. *Revista Jurídica*, Bebedouro-SP,

UniFafibe, a. II, n. 1, mar. 2010. Também disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landoufo. *Interesses difusos e coletivos*. Esquemático. 3. ed. São Paulo: Gen/Método, 2013.

ARAÚJO JÚNIOR, Ronaldo Jorge. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal - Texto para discussão n. 186*, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, v. 4, p. 159-189, 2014.

_____. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* – v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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*, n. 52, p. 103-120, 2014. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273861356.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei 7.347/1985)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuição e regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOULART, Marcelo. Ministério Público resolutivo. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartataforense.com.br/conteudo/entrevistas/ministerio-publico-resolutivo/16918>>. Acesso em: 30 set. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição Kindle.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Edição Kindle.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Limites da utilização de ameaças de responsabilização pessoal em recomendações feitas por membros do Ministério Público. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, v. 8, n. 31, p. 45-72, jul./set. 2012.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: um novo perfil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 20, n. 4.240, 9 fev. 2015.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30584>>. Acesso em: 30 set. 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICP; Lumen Juris, 2006.