

# Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova<sup>1</sup>

Cristiane de Sousa Campos da Paz\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A improbidade administrativa: alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 no que tange à tipicidade e ao elemento volitivo. 2.1. Tipificação das condutas. 2.1.1. Da extinção do ato de improbidade administrativa culposo. 2.1.2. Da taxatividade dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. 2.2. Elemento subjetivo. 3. A recomendação no âmbito do Ministério Público. 4. A recomendação como meio de prova do dolo específico de ato de improbidade administrativa. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Resumo

Diante das dificuldades probatórias criadas a partir do novo cenário estabelecido pela Lei nº 14.230/21 ao alterar a Lei nº 8.429/92, que introduziu a figura do dolo com especial fim de agir para a tipificação dos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, em prejuízo ao erário, e atentem contra os princípios da Administração Pública, exigindo não só a comprovação da voluntariedade em praticar o ato ilícito previsto em lei, bem como o benefício para si ou para outrem, este artigo visa apresentar os fundamentos teóricos e práticos que justificam a utilização da Recomendação pelo Ministério Público como mecanismo eficaz para a comprovação do referido dolo.

## Abstract

*Given the evidentiary difficulties created by the new scenario established by Law No. 14.230/21, which amended Law No. 8.429/92 by introducing the concept of "dolo com especial fim de agir" (specific intent) for the characterization of acts of misconduct that result in undue enrichment, harm to public funds, and violation of the principles of*

---

<sup>1</sup> Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Políticas Públicas e Tutela Coletiva do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERB/MPRJ). Orientador: Bruno de Sá Barcelos Cavaco.

\* Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*Public Administration, requiring not only the proof of voluntariness in committing the unlawful act prescribed by law, but also the personal benefit or benefit to others, this article aims to present the theoretical and practical foundations that justify the use of Recommendation by the Public Prosecution Service as an effective mechanism to prove the aforementioned specific intent.*

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

**Keywords:** *Administrative misconduct. Specific intent. Recommendation. Public Prosecutor's Office.*

## 1. Introdução

A improbidade administrativa é um dos principais desafios enfrentados pela sociedade contemporânea no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

Para o professor Daniel Neves, a previsão de instrumentos, como a Lei de Improbidade Administrativa, capazes de enfrentar a desonestidade, a corrupção e a deslealdade com o trato da coisa pública, representam importante critério de verificação da seriedade de determinado Estado.<sup>2</sup>

No Brasil, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos e aqueles que com ele concorrem, em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do artigo 37 da Constituição da República.

Ao longo dos anos, foi-se verificando uma deturpação na aplicação da Lei nº 8.429/92, havendo em muitos casos o seu uso político, em outros, punições excessivas e sem justa causa, causando extrema insegurança jurídica e arbitrariedades.

Consoante Marçal Justen Filho,<sup>3</sup> a Lei nº 8.429/1992, no formato em que se encontrava, propiciou a proliferação de julgamentos em primeiro grau sem a produção de prova, fundada em presunções de diversa ordem. Ademais, segundo o autor, por faculdades previstas na normativa, como a condenação com base na mera culpa, prevista no art. 10 da referida norma, e a formulação de petição com pedidos indeterminados (pleito pela condenação pelos arts. 9º, 10 ou 11, sucessivamente), muitas ações de improbidade passaram a ser orientadas a fins diversos daqueles constitucionalmente previstos.

<sup>2</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 32.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 8.

Diante desse cenário, em 25.10.2021 sobreveio a Lei nº 14.230/21,<sup>4</sup> que promoveu alterações significativas nessa legislação, trazendo um novo panorama no enfrentamento da improbidade administrativa, razão pela qual muitos consideram a novel legislação a “Nova Lei de Improbidade Administrativa”.

Em verdade, “restou preservada a numeração da Lei nº 8.429/1992. Contudo, sob o aspecto material, o conteúdo da LIA foi intensamente alterado. Trata-se, de fato, de uma nova Lei com a mesma numeração”.<sup>5</sup>

Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela Lei de Improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores, ou de agentes públicos inexperientes, inábeis, ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública, ou na prática de atos administrativos, sem má-fé, ou intenção de lesar o erário, ou de enriquecimento.<sup>6</sup>

Longe de almejar esgotar a análise das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, destacamos neste artigo duas profundas alterações promovidas que interessam ao trabalho proposto: a tipificação de condutas e o elemento subjetivo.

A partir deste panorama, pretendemos explorar a utilização da Recomendação expedida pelo Ministério Público como mecanismo eficaz para a comprovação do dolo específico para a tipificação do ato de improbidade administrativa.

Para conduzir a investigação proposta, esta análise valeu-se de pesquisa teórica, revisão bibliográfica e raciocínio dedutivo, intentando realizar uma abordagem dialética, qualitativa e interdisciplinar não limitada aos estatutos legais, avaliando-os de maneira descritiva para, ao final, concluir que a recomendação deve ser utilizada pelo Ministério Público como um dos instrumentos eficazes de comprovação do dolo específico exigido pela Nova Lei de Improbidade Administrativa.

<sup>4</sup> Publicada em 26.10.2021.

<sup>5</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa*: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3.

<sup>6</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial 1.926.832/TO*. Processual civil e administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. Afastamento. Relator: Min. Gurgel de Faria, 11 de maio de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 3 jun. 2023.

## 2. A improbidade administrativa: alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 no que tange à tipicidade e ao elemento volitivo

A Lei n. 14.230/2021 trouxe mudanças significativas, tanto na esfera material quanto procedimental, na esfera de improbidade administrativa, que vão desde a revisão dos conceitos de ato de improbidade administrativa até a pretensão de se garantir uma maior celeridade e efetividade da tramitação dos processos judiciais, evitando que a demora da conclusão gere impunidade e desestímulo ao combate à corrupção.

Em resposta aos anseios doutrinários e aos novos contornos dados por nossos Tribunais aos atos de improbidade administrativa, o legislador, ao aprovar a Lei nº 14.230/2021, viu por bem: i) estipular tipos fechados e taxativos no rol do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, afastando a possibilidade de condenação dos agentes públicos pela prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública, pura e simplesmente; ii) excluir a previsão de atos de improbidade culposos; e iii) exigir a comprovação do dolo específico para a caracterização dos atos de improbidade administrativa elencados nos artigos 9º, 10 e 11, nos termos do que prevê o artigo 11, §2º.

Referidas alterações legislativas, embora tenham causado intensos debates no meio acadêmico, tiveram como finalidade adequar o texto legal aos princípios norteadores do Direito Administrativo Sancionador, aplicáveis ao sistema de improbidade administrativa, por expressa previsão legal (artigo 1º, §4º – inovação também da nova legislação). Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica, “a Lei nº 14.230/2021 tem por inequívoco objetivo reposicionar a ação de improbidade administrativa, afastando-a do microsistema de tutela dos interesses transindividuais e inserindo-a no campo do ‘direito sancionador’”.<sup>7</sup>

Tal como apontado por Marçal Justen Filho (2022, p. 13), as principais inovações são as seguintes:

- a exigência do dolo, devidamente comprovado, para punição por improbidade;
- o sancionamento por improbidade a entidades privadas que tenham recebido o benefício, incentivo ou vantagem de origem estatal;
- a eliminação da sanção de perda do cargo ou mandato nas infrações do art. 11;

<sup>7</sup> SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares*: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023, p. 264.

- a restrição ao sancionamento por improbidade do terceiro à comprovação de ter induzido ou concorrido para a prática de improbidade;
- a instituição de uma ação judicial típica envolvendo a punição por improbidade com afastamento da aplicação do regime da ação civil pública;
- atribuição ao Ministério Público da legitimidade ativa privativa para ação de improbidade;
- a ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbidade com a expressa exigência de qualificação dos fatos em face dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429;
- a vedação ao julgamento antecipado da lide nas hipóteses de condenação do réu;
- a fixação de prazo prescricional de 8 anos, computado a partir da data de consumação do ilícito;
- a previsão da prescrição intercorrente computado a partir do ajuizamento da ação de improbidade, com prazo de oito anos.

Duas das principais alterações residem no fato de se ter tornado atípico o ato de improbidade administrativa culposo, ainda que haja efetivo e comprovado dano ao erário público, e a exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa.

## **2.1. Tipificação das condutas**

Em termos de tipificação da conduta que constitui ato de improbidade administrativa, vale ressaltar que a nova legislação estabeleceu uma classificação mais precisa e detalhada das condutas que configuram a improbidade, mantendo, no entanto, a divisão em três categorias, quais sejam: improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário e improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública.

A sanção a ser aplicada, prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, irá depender da natureza do ato de improbidade administrativo praticado.

### **2.1.1. Da extinção do ato de improbidade administrativa culposo**

Até o advento da Lei nº 14.230/21, o ato de improbidade administrativa poderia ser doloso ou culposo, permitindo-se a modalidade culposa no caso de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário público.

Não obstante, com o advento da Lei nº 14.230/21, deixou de ser considerado ato de improbidade administrativa a lesão ao erário público por ação ou omissão *culposa*, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação

dos bens, ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 8.429/92, previsto na redação original do artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

Atualmente, somente a ação ou omissão *dolosa* e que enseja *efetiva e comprovada* perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento, ou dilapidação dos bens, ou haveres das entidades referidas no artigo 1º é que será considerado ato de improbidade administrativa, nos termos da redação dada pela Lei nº 14.230/21 ao artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

Entendeu por bem o legislador evitar a punição de agentes públicos e aqueles que com ele concorreram, por erros ou negligências involuntárias, independentemente da gravidade de suas consequências ao patrimônio público.

Não obstante, a extinção do ato de improbidade administrativa culposo suscita importantes implicações e reflexões. Em primeiro lugar, é necessário avaliar se a adoção exclusiva do dolo como critério de responsabilização é suficiente para combater efetivamente a corrupção e a má gestão pública. Afinal, a responsabilização por atos culposos poderia representar uma salvaguarda contra práticas negligentes ou imprudentes que também causam danos ao patrimônio público.

Além disso, a extinção do ato de improbidade culposo pode gerar um estímulo à impunidade, uma vez que condutas negligentes ou imprudentes, ainda que tenham consequências graves, não seriam passíveis de responsabilização no âmbito da improbidade administrativa. Isso poderia minar a confiança da sociedade na Administração Pública e comprometer a efetividade do combate à corrupção.

Por outro lado, é necessário encontrar um equilíbrio entre a punição justa e proporcional aos atos de improbidade e a proteção contra responsabilizações injustas ou excessivas.

A discussão sobre o fim do ato de improbidade administrativa culposo traz à tona reflexões relevantes sobre a responsabilização dos agentes públicos e a busca por uma administração pública ética e transparente. A defesa pela extinção desse tipo de responsabilização baseia-se na necessidade de comprovar o dolo específico como critério para a configuração da improbidade. No entanto, é fundamental avaliar as implicações e encontrar um equilíbrio entre a punição justa e a proteção contra responsabilizações injustas. Afinal, a luta contra a corrupção e a má gestão pública requer um sistema de responsabilização efetivo, capaz de promover a ética e a transparência no exercício da função pública.

### **2.1.2. Da taxatividade dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública**

Ainda no que tange às alterações promovidas no âmbito da tipificação dos atos de improbidade administrativa, vemos que as hipóteses de ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, que anteriormente as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 eram consideradas exemplificativos, passaram a ser consideradas *numerus clausus*.

Isso porque a expressão “e notadamente” prevista na redação originária do artigo 11 foi suprimida, motivo pelo qual passou o rol das condutas que atentam contra os princípios da administração pública ser taxativo.

Assim, a partir do advento da Lei nº 14.230/21, para que a conduta atinente a violar os princípios da administração pública configure ato de improbidade administrativa, não basta que ela viole, ainda que gravemente, os princípios da honestidade, de imparcialidade e de legalidade previstos no *caput* do artigo 11, devendo também se enquadrar em um dos incisos do referido dispositivo legal.

Para além de fixar os contornos da responsabilidade subjetiva, o legislador, reconhecendo a incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador ao sistema da improbidade administrativa e a gravidade das sanções impostas, viu por bem prever tipos fechados para o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, acompanhados de um rol taxativo das hipóteses que poderiam configurar o ato de improbidade, evitando, assim, prejuízos à ampla defesa e condenações genéricas.<sup>8</sup>

Pretendeu o legislador com tal alteração, espantar a insegurança jurídica diante da norma em branco prevista anteriormente pelo artigo 11, reduzindo, com isso, os abusos interpretativos que vinham ocorrendo. Nesse sentido, a taxatividade seria fundamental para garantia da previsibilidade das condutas passíveis de responsabilização por improbidade administrativa, permitindo uma aplicação objetiva da lei.

Não obstante, se por um lado, uma lista exaustiva poderia trazer mais segurança jurídica, delimitando claramente as condutas vedadas e facilitando a identificação dos atos ímprobos, contribuindo para uma aplicação mais uniforme da legislação e evitando interpretações divergentes pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário; por outro lado, a taxatividade excessiva poderia limitar a capacidade de resposta do ordenamento jurídico diante de novas formas de improbidade administrativa que possam surgir.

A alteração promovida pela Lei nº 14.230/21 diminuiu o núcleo de condutas protegidas pela Lei de Improbidade Administrativa ao permitir que ações, ainda que reprovadas pela Constituição e capazes de violar os princípios da administração pública, não mais possam ser considerados como atos de improbidade.

A dinamicidade das relações na Administração Pública exige uma interpretação flexível e atualizada da lei, de forma a acompanhar os avanços tecnológicos e as

---

<sup>8</sup> SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana*. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023, p. 268.

transformações sociais. Uma lista taxativa rígida poderia dificultar a responsabilização de condutas ímprobas que não estejam expressamente previstas no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Ademais, é importante ressaltar que a taxatividade dos atos de improbidade administrativa deve ser compatível com os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Uma interpretação demasiadamente restritiva poderia limitar a capacidade de combate à corrupção e à má gestão pública, comprometendo a efetividade do sistema de responsabilização.

A escolha legislativa não está respaldada em nenhuma justificativa razoável. De acordo com Oliveira e Grotti, a restrição injustificada desse artigo, ao estabelecer um rol tímido de hipóteses que atentam contra a honestidade, a legalidade, a imparcialidade e a lealdade institucional, retrocedeu no enfrentamento das “práticas nefastas de patrimonialismo, clientelismo, nepotismo, favoritismo e outras mazelas ético-jurídicas gravíssimas que vicejam no aparelho do Estado”.<sup>9</sup>

De igual modo, José Carlos Fernandes argumenta que esta mudança é irrazoável e desproporcional, haja vista permitir que “uma série de condutas dolosas, previstas como crimes e também praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções, simplesmente sejam ignoradas pelo Direito Administrativo Sancionador”.<sup>10</sup>

Nesse sentido, vemos ser necessário encontrar um equilíbrio entre a taxatividade e a necessidade de interpretação flexível, de modo a garantir uma responsabilização efetiva diante de novas formas de improbidade administrativa. É imprescindível que o debate considere os princípios constitucionais e busque uma solução que promova a ética, a transparência e a eficiência na Administração Pública.

## 2.2. Elemento subjetivo

A presença do dolo para a configuração de ato de improbidade administrativa não é novidade, havendo sua previsão desde a redação original da Lei nº 8.429/92.

No entanto, segundo a construção jurisprudencial pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o dolo, para fins de tipicidade de improbidade administrativa, bastava ser genérico, sendo certo que no caso do tipo do artigo 10, bastaria a presença de culpa.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 2505/2021*. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 4 jun. 2023.

<sup>10</sup> FERNANDES, Jose Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção a Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República*. Disponível em: <https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protecao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>. Acesso em: 4 jun. 2023.



Cumprido destacar, ainda, que o dolo que se exige para a configuração da improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir a conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público, ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas.<sup>11</sup>

Com o advento da Lei nº 14.230/21 foi extinta a possibilidade de ato de improbidade culposo, sendo previsto unicamente o ato de improbidade administrativo doloso, nos termos do §1º do artigo 1º, *in verbis*:

Artigo 1º (...)

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as *condutas dolosas* tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>12</sup>

Mas o legislador foi além. Não basta mais a presença do dolo (genérico) para a configuração do ato de improbidade administrativa. A Lei nº 14.230/21 previu também a necessidade de comprovação do dolo específico. Em outras palavras, além de ser demonstrado a prática do ato ilegal típico, é preciso comprovar que o agente público tinha a intenção deliberada de praticar o ato ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92.

O §2º do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21, não deixa margem para dúvidas ao conceituar o dolo específico para fins de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

Artigo 1º (...)

§2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de *alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei*, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>13</sup>

<sup>11</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.512.085/SP*. Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa. Contratações sem concurso público. Ofensa à exigência constitucional e aos princípios que regem a administração pública. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Reconhecimento de dolo genérico. Relator: Min. Hermann Benjamin, 2 de agosto de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 jun. 2023.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em 17.06.2023. Grifos nossos.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o

Portanto, a configuração do ato de improbidade administrativa depende da voluntariedade do agente (dolo simples) e do fim específico previsto em lei (dolo específico), consubstanciado em atingir o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.429/92. Sem a comprovação do ato doloso com fim específico, não há ato de improbidade administrativa. Reforça essa ideia o disposto no §3º do artigo 1º do mesmo diploma legal:

Artigo 1º (...)

§3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>14</sup>

De forma redundante, inclusive, o legislador previu no §1º do artigo 17-C, da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21, que “a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”.<sup>15</sup>

Não há dúvidas, portanto, que o dolo direcionado ao fim ilícito é necessário para a tipificação do ato de improbidade administrativa.

Diferentemente do dolo genérico, que se refere à simples vontade de cometer o ato, o dolo específico requer a intenção consciente de obter o enriquecimento ilícito para si ou para outrem, lesar o patrimônio público ou violar os princípios da Administração Pública. É necessário comprovar que o agente público agiu de forma deliberada, com plena ciência dos efeitos danosos de sua conduta.

Marçal Justen Filho (2022, p. 36), no mesmo sentido, indica que “apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado”. Em outros termos, o autor conceitua a demonstração do dolo como “a consciência do sujeito quanto à antijuridicidade de sua conduta e a vontade de praticar a ação ou omissão necessária à consumação da infração”.

Registre-se aqui, por oportuno, que mesmo ao terceiro que não seja agente público, mas que venha a ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade administrativa diante de sua participação, é exigido o dolo em sua conduta: “Artigo

§4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17.06.2023. Grifos nossos.

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

3º – As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.<sup>16</sup>

Além do dolo específico (de atingir o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92), previu o legislador também um especial fim de agir, qual seja, a obtenção de proveito, ou benefício indevido para si, ou para outrem, consoante expressamente disposto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21.

#### Artigo 11 (...)

§1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si, ou para outra pessoa, ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§2º Aplica-se o disposto no §1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>17</sup>

Em suma, com o advento da Lei nº 14.230/21, para a configuração de ato de improbidade administrativa é preciso que o ato típico, previsto no artigo 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, seja praticado com voluntariedade, direcionado a alcançar uma finalidade ilícita prevista nos referidos dispositivos legais (artigo 1º, §§1º e 3º da Lei nº 8.429/92), e objetive a obtenção de proveito ou benefício indevido para si, ou para outrem (artigo 11, §§1º e 2º da Lei nº 8.429/92).

Conferindo nova redação ao artigo 1º, §1º, LIA, passou a considerar atos de improbidade administrativa somente *as condutas dolosas* tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11. Assim, tornou atípico qualquer conduta desprovida de dolo, não admitindo a mera voluntariedade para incidência do artigo 11 e, ainda, excluiu do rol do artigo 10 as

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 17.06.2023. Grifos nossos.

condutas lesivas ao erário praticadas por negligência, imperícia ou imprudência, as quais não mais se consideram atos de improbidade.

O §2º do artigo 1º, conceitua dolo como a vontade livre e consciente de produzir o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11. Não basta, todavia, o dolo genérico, consistente na consciência e vontade de praticar o ato e produzir o resultado. Agora, é necessário, além disso, a finalidade especial do agente de violar a lei. Em outras palavras, *exige-se* que tenha consciência e *vontade de realizar a conduta para buscar um fim ilícito*.

[...]

Não basta, agora, para configurar ato de improbidade administrativa a realização intencional de uma das condutas descritas nos tipos dos artigos 9º, 10 e 11, sendo necessária a *consciência e a vontade de realizar todos os elementos da definição legal, com o objetivo de buscar um resultado moralmente afrontoso à ordem jurídica*.<sup>18</sup>

A presença do dolo, com especial fim de agir na configuração do ato de improbidade administrativa, traz importantes repercussões. Em primeiro lugar, a exigência do dolo com especial fim de agir estabelece um critério mais rigoroso para a responsabilização dos agentes públicos, evitando interpretações amplas e subjetivas.

A existência do dolo específico também contribui para a proporcionalidade das sanções aplicadas. A improbidade administrativa é uma infração que acarreta consequências severas, como a perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos, sendo certo que o ressarcimento integral do dano causado não se constitui em sanção do ato de improbidade, mas mera consequência de sua prática. Portanto, a comprovação do dolo específico garante que essas sanções sejam aplicadas somente aos casos em que há uma intenção deliberada de praticar atos ímprobos.

Essa exigência também contribui para a segurança jurídica, uma vez que delimita com mais precisão as condutas passíveis de responsabilização por improbidade administrativa. Com o dolo com especial fim de agir, é necessário comprovar que o agente público agiu de forma consciente e intencional, visando a obtenção de vantagem indevida e os fins ilícitos previstos nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92. Isso evita a aplicação indiscriminada da lei e protege os bons agentes públicos de acusações infundadas.

Nesse sentido, é fundamental que os órgãos de controle, dentre eles o Ministério Público, realizem investigações aprofundadas e promovam a produção de provas robustas para a comprovação do dolo específico. A análise de elementos

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. *O dolo penal na improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 17 jun. 2023.

como documentos, depoimentos e circunstâncias objetivas do caso pode auxiliar na demonstração da vontade consciente do agente público em praticar atos ímprobos.

O artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21, prevê expressamente como condição da ação a presença de justa causa, consubstanciada na instrução da petição inicial com elementos mínimos que comprovem o dolo do agente:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

§6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>19</sup>

Assim, a comprovação do dolo com especial fim de agir requer uma análise cuidadosa das circunstâncias do caso e produção de provas consistente que demonstre a intenção deliberada do agente em buscar resultados ilegais ou imorais contrários aos princípios da Administração Pública.

### 3. A recomendação no âmbito do Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição essencial para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, exercendo importante papel na proteção dos direitos e na fiscalização da Administração Pública.

É nesse contexto, que a recomendação surge como um instrumento extrajudicial de atuação, permitindo ao Ministério Público intervir de forma preventiva e reparadora em situações que demandam a observância de determinadas condutas.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

A Constituição da República inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (Artigo 129, II, CRFB/88).

Para o exercício de sua função institucional, o artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93, estabelece caber ao Ministério Público a expedição de recomendações, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

De igual modo, a Lei Complementar n.º 75/93 estabeleceu, em seu artigo 6º, XX, caber ao Ministério Público da União 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, disposição que é extensível ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93.

Nesse sentido, tem-se que a recomendação é um importante instrumento utilizado pelo Ministério Público como meio de atuação extrajudicial na defesa dos direitos fundamentais e no cumprimento de suas atribuições institucionais.

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 utilização, sem que possível, como alternativa prévia à instauração de conflito junto ao Poder Judiciário.<sup>20</sup>

A recomendação encontra seus fundamentos na própria natureza do Ministério Público como instituição de defesa dos direitos fundamentais, na busca pela resolução extrajudicial de conflitos, na promoção da cidadania e na garantia dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Além disso, a recomendação está respaldada na busca pela efetividade dos direitos e na prevenção de litígios, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário.

[...] 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

<sup>20</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52-53.

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 Estado.<sup>21</sup>

A recomendação possui natureza jurídica de um ato administrativo discricionário, emanado pelo Ministério Público, que possui caráter orientativo e não coercitivo. Ela é baseada na autonomia funcional do Ministério Público, prevista na Constituição Federal, e tem como finalidade:

[p]ersuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.<sup>22</sup>

A recomendação pode ser dirigida, de maneira preventiva ou corretiva, preliminar ou definitiva, e será dirigida a quem tem o poder, atribuição ou competência para a adoção das medidas recomendadas, ou responsabilidade pela reparação, ou prevenção do dano (artigo 4º, §1º, da Resolução CNMP nº 164/2017).

A eficácia da recomendação reside no seu poder persuasivo. Embora não seja vinculante, a recomendação carrega consigo um peso moral e institucional que estimula o seu cumprimento. O destinatário da recomendação deve avaliar a pertinência e a legalidade das orientações, bem como as consequências caso não as cumpra, tendo em vista que o não cumprimento da recomendação pode levar a medidas adicionais, como a propositura de ações judiciais.

Assim é que, no intuito de evitar a judicialização e fornecer ao destinatário todas as informações úteis à formação de seu convencimento quanto ao atendimento da recomendação, poderá o órgão do Ministério Público, ao expedir a recomendação, indicar as medidas que entende cabíveis, em tese, no caso de desatendimento da recomendação, desde que incluídas em sua esfera de atribuições (§1º do artigo 11 da Resolução CNMP nº 164/2017).

Em suma, a recomendação é um importante instrumento no âmbito do Ministério Público, que permite uma atuação mais célere, eficiente e preventiva na defesa dos direitos e na fiscalização da Administração Pública. Sua natureza jurídica

<sup>21</sup> BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em: 17.06.2023, p. 197.

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

discricionária, seus fundamentos constitucionais e sua eficácia persuasiva contribuem para a promoção da justiça, da legalidade e da efetividade dos direitos tutelados pelo Ministério Público.

#### **4. A recomendação como meio de prova do dolo específico de ato de improbidade administrativa**

Em decorrência das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, notadamente a exigência do dolo específico para fins de tipificação do ato de improbidade administrativa, tem-se que a prova do dolo se tornou mais complexa, senão impossível de ser realizada em alguns casos.

Sob a égide da redação original da Lei nº 8.429/92, a inicial de improbidade administrativa precisava demonstrar somente o dolo normativo, em outras palavras, demonstrar que foi violado o tipo normativo, considerando que a jurisprudência admitia a tipificação do ato de improbidade administrativa a partir do dolo genérico.

No entanto, atualmente, torna-se indispensável que se demonstre não apenas a existência do ato ilícito, consubstanciado na violação ao disposto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, mas também a intenção do agente de praticá-lo e de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

Atos ilegais, ainda que violem direitos fundamentais, não serão objeto de ação de improbidade administrativa se não houver prova da vontade específica do agente de praticar o ato ilícito e obter o proveito para si ou para outrem.

Nesse sentido, vale destacar que:

Por sua própria natureza, o dolo e a má-fé não podem ser objeto de prova direta. A menos que haja uma confissão por parte do réu, o dolo e a má-fé só poderão ser determinados por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados.<sup>23</sup>

Não há dúvidas, portanto, que a inclusão do dolo específico diminuiu o núcleo de proteção das condutas protegido pelo diploma normativo que versa sobre a improbidade administrativa, retrocedendo na luta do combate à improbidade administrativa e à corrupção.

E é nesse cenário que se propõe a utilização do instrumento da Recomendação como meio de se comprovar o dolo específico de praticar o ato ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92 em eventual e futura ação por ato de improbidade administrativa.

<sup>23</sup> FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715/77056>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 23.



Assim é que “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.”<sup>24</sup>

O festejado doutrinador Emerson Garcia, ainda sob a égide da redação original da Lei nº 8.429/92, já registrava a possibilidade de utilização da Recomendação como forma de se 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 nº 8.49/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, registra-se o entendimento sufragado pelos doutrinadores 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 Público.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em: 18.06.2023, p. 198.

<sup>25</sup> GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 581.

<sup>26</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52-53.

Outrossim, com bem lembrado por Marcos Paulo de Souza Miranda, a Recomendação, diante de sua natureza enunciativa de efeitos concretos, não deve ser entendida como mero conselho sem maiores consequências, sendo certo que o seu não atendimento pode gerar medidas a serem adotadas 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 exigido.<sup>27</sup>

À vista disso, uma vez demonstrado ao agente público, a partir da Recomendação expedida pelo Ministério Público, a inadequação de sua conduta aos ditames legais, e que tal fato se enquadraria no disposto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, resta evidente que o agente, uma vez ciente de tal fato e, optando por manter a conduta inadequada, passa a agir com vontade livre e consciente de praticar o ato ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92.

[...] 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).<sup>28</sup>

Ademais, uma vez apontado na Recomendação expedida pelo Ministério Público que a conduta ilegal adotada pelo agente público, se mantida, acarretaria benefício de terceiro ou do próprio agente, em detrimento do patrimônio público, mantida a conduta ilegal, igualmente resta comprovada o especial fim de agir previsto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, incluídos pela Lei nº 14.230/21.

<sup>27</sup> 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 (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 520.

<sup>28</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 24.

Assim sendo, uma vez expedida a recomendação dando ciência ao agente público sobre a ilegalidade de sua conduta, de um lado, o dano ao patrimônio público por ela causado e, de outro, o benefício auferido pelo próprio agente público ou terceiro, e optando ele por manter a conduta tida como ilegal e violadora dos preceitos primários dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, o Inquérito Civil que serviu de lastro para a sua expedição será o suporte probatório para a propositura de futura ação de improbidade administrativa:

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.<sup>29</sup>

Sob o viés prático, podemos citar como exemplo hipótese em que o Município recebe servidores públicos cedidos de outros órgãos, de forma onerosa. Nessa hipótese, o Município cessionário irá ressarcir os cofres do órgão cedente no valor equivalente à remuneração do servidor que lhe foi cedido. Não obstante, o Município cessionário, além de ressarcir o órgão cedente, efetua o pagamento de nova remuneração a esse servidor cedido que, ao fim e ao cabo, terá percebido dupla remuneração: uma pelo órgão cedente e outra pelo órgão cessionário, em contrapartida ao serviço prestado tão somente ao órgão cessionário.

Tal irregularidade evidenciaria verdadeira situação de acumulação ilícita de cargos, vedada pelo artigo 37, XVI, da CRFB/88, sendo certo que o servidor público cedido somente teria a função em um dos órgãos públicos, acarretando enriquecimento ilícito para o servidor público cedido em detrimento de dano ao erário do Município cessionário, que arcaria com o pagamento de dupla remuneração pelo desempenho de uma única função.

Instaurado Inquérito Civil no qual foram reunidos elementos que comprovem que, efetivamente, estaria ocorrendo esse dano ao erário, a expedição de Recomendação pelo Ministério Público na instrução deste Inquérito Civil irá expor a ilegalidade da conduta do agente público administrador que efetua o pagamento em duplicidade e, com isso, causa efetivo dano ao patrimônio público ao permitir e concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente, o que tipifica a conduta de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21.

<sup>29</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 25.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

XII - *permitir*, facilitar ou *concorrer* para que *terceiro se enriqueça ilicitamente*;<sup>30</sup>

Outrossim, em Recomendação expedida pelo Ministério Público direcionada ao servidor público cedido, irá expor a ilegalidade de sua conduta, considerando a dupla percepção de vencimentos em contrapartida ao exercício de uma única função pública. Assim, a vantagem patrimonial indevida deste servidor público cedido, em razão do exercício de cargo no Poder Executivo, irá gerar o seu enriquecimento ilícito, o que tipifica a conduta de ato de improbidade administrativa prevista no artigo 9º da Lei nº 8.429/92.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em *enriquecimento ilícito auferir*, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de *vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo*, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>31</sup>

Uma vez cientes da ilicitude de suas condutas, tanto o agente público administrador quanto o servidor público cedido, a partir da Recomendação expedida pelo Ministério Público no bojo de Inquérito Civil, e não adotada qualquer medida por qualquer um deles para que seja cessada a ilegalidade dos atos praticados, restará comprovada a vontade livre e consciente do agente público em permitir que o servidor público cedido enriqueça ilicitamente, tipificando sua conduta no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92 e, a par e passo, restará patente a vontade livre e consciente do servidor público cedido em obter vantagem patrimonial indevida gerando o seu enriquecimento ilícito, tipificando sua conduta no artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

<sup>30</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 18.06.2023. *Grifos nossos*.

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 18.06.2023. *Grifos nossos*.

Por outro lado, não havendo a expedição de Recomendação que indique a ilicitude da conduta do agente público administrador e do servidor público cedido, a prova do dolo específico de violar o disposto, respectivamente, no artigo 10, XI e artigo 9º, da Lei nº 8.429/92, restará mais difícil de ser produzida, senão impossível.

Com efeito, somente a partir de outros elementos que conduzam a conclusão de que o administrador, já ciente de que sua conduta era ilegal e se amoldava ao disposto no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92, assim como do servidor público cedido, em relação ao artigo 9º, *caput*, do mesmo diploma legal, é que seria possível comprovar o dolo específico de ambos agora exigido pelo artigo 1º, §2º, da Lei nº 8.429/92. Essa prova poderia ser obtida se houvesse parecer nesse sentido da Procuradoria ou da Controladoria, ambos do Município, durante a tramitação de procedimento administrativo de cessão do servidor público. No entanto, não havendo, somente a partir da Recomendação é que será possível se extrair o dolo específico da conduta do agente público administrador e do servidor público cedido, considerando que não basta mais a simples violação aos dispositivos legais, precisando haver prova da consciência da ilicitude do agente.

Outrossim, no caso em tela, a mesma Recomendação, ao mesmo tempo em que expõe a ilicitude da conduta dos recomendados, demonstra que a manutenção desta conduta traz benefícios a terceiros – no caso, ao servidor público cedido. Sendo assim, uma vez mantida a conduta ilícita, igualmente restará preenchido e comprovado o requisito previsto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

## 5. Conclusão

As inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230/21, a despeito da justificativa do legislador de trazer maior segurança jurídica, podem ser traduzidas, na realidade, em verdadeiro retrocesso no combate à improbidade administrativa e à corrupção.

Nesse sentido, a configuração de ato de improbidade administrativa restou sobremaneira dificultado, rompendo com a jurisprudência sufragada durante décadas pelas Cortes Superiores.

Para que um ato seja tipificado como improbidade administrativa, a par de sua gravidade, deve restar comprovado o dolo específico do agente público no sentido de conscientemente querer praticar ato que importe em enriquecimento ilícito (artigo 9º), cause prejuízo ao erário (artigo 10) ou atente contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

Para além, deverá restar comprovado que a conduta do agente tinha a finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem (§§1º e 2º do artigo 11).

A produção de prova do dolo específico agora exigido é excepcionalmente difícil de ser produzida, podendo situações que importem em grave prejuízo ao erário restarem impunes.

Nesse sentido é que se propõe a utilização da Recomendação expedida pelo Ministério Público como instrumento eficaz para a comprovação do dolo específico exigido pela atual legislação.

E isso porque se aponta a inadequação da conduta do recomendado e sua possível tipificação em ato de improbidade administrativa. Não sendo adotadas medidas pelo gestor, no sentido de cessar a ilegalidade ou de convencer o Ministério Público do acerto de sua conduta, ficará ele sujeito à propositura de ação de improbidade administrativa, a qual será instruída com o Inquérito Civil no qual expedida a Recomendação.

A partir da Recomendação estará o recomendado ciente da ilegalidade de sua conduta e que esta importa em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atenta contra os princípios da Administração Pública, gerando benefício para si ou para outrem. Mantida a conduta, a partir da Recomendação, passa o recomendado a agir com a intenção de violar o disposto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92 em benefício próprio ou alheio.

### Referências bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação*. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acessos em: 17 e 18 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.512.085/SP*. Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa. Contratações sem concurso público. Ofensa à exigência constitucional e aos princípios que regem a administração pública. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Reconhecimento de dolo genérico. Relator: Min. Hermann Benjamin, 2 de agosto de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial 1.926.832/TO*. Processual civil e administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. Afastamento. Relator: Min. Gurgel de Faria, 11 de maio de 2022. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 3 jun. 2023.

CAPEZ, Fernando. *O dolo penal na improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 17 jun. 2023.

FERNANDES, Jose Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção a Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República*. Disponível em: <https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protecao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>. Acesso em: 4 jun. 2023.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715/77056>. Acesso em: 18 jun. 2023.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

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 (org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

\_\_\_\_\_. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentado artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 2505/2021*. Disponível em <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 4 jun. 2023.

SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana*. Disponível em <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023.