

STJ00097094

**FÁBIO MEDINA OSÓRIO**

# **TEORIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**Má gestão pública • Corrupção • Ineficiência**

**PREFÁCIO**

**Eduardo García de Enterría**

**3.<sup>a</sup> edição**  
revista e atualizada

**THOMSON REUTERS**

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

STJ00097094  
FÁBIO MEDINA OSÓRIO

TEORIA DA IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA

Má gestão pública • Corrupção • Ineficiência  
3.ª edição revista e atualizada

1.ª edição: 2007 – 2.ª edição: 2010.

*Prefácio à Primeira Edição*  
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

© desta edição [2013]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE TAPAI  
Diretora Responsável

347

Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT  
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)  
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: [sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 • Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [05-2013]

Profissional

Fechamento desta edição [06.05.2013]



ISBN 978-85-203-4784-3

979327

## SUMÁRIO

PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO – <i>Eduardo García de Enterría</i> .....	9
NOTA À TERCEIRA EDIÇÃO .....	13
NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO .....	15
INTRODUÇÃO – Um problema de nosso tempo: o impacto da má gestão pública nas sociedades contemporâneas e a importância da ética de responsabilidade .....	23
1. Ética de responsabilidade .....	26
2. O tema da corrupção na sociedade globalizada: um breve olhar aos índices de Transparência Internacional .....	28
3. O tema das desonestidades funcionais não corruptas e as intoleráveis ineficiências dos agentes públicos .....	32

## PRIMEIRA PARTE

*Improbidade administrativa  
como espécie de má gestão pública*

CAPÍTULO I – O diagnóstico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública no cenário comparado .....	39
1. Os níveis de desonestidade e ineficiência funcionais dos agentes públicos desde uma perspectiva ético-normativa.....	40
1.1 Boa gestão pública: observações gerais.....	40
1.1.1 Imperativo ético da boa gestão pública na pós-modernidade e a perspectiva de responsabilidade dos agentes públicos.....	43
1.1.2 Imperativo ético de imputação .....	46
1.2 Má gestão pública: observações gerais .....	47
1.2.1 Desonestidade funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas .....	51
1.2.2 A ineficiência funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas .....	58
2. Improbidade na perspectiva do direito comparado: uma visão panorâmica .....	60
2.1 Nações Unidas e o Código Internacional de Conduta dos titulares de cargos públicos .....	61
2.2 <i>Mauvaise Administration</i> na União Europeia e a grave negligência ao lado da desonestidade .....	62

2.3	A desonra e a improbidade na jurisprudência do Conselho de Estado francês...	63
2.4	Má gestão pública italiana: desgoverno e desonestidade .....	66
2.5	Má gestão pública espanhola: improbidade, corrupção e ineficiência .....	69
2.6	Má gestão pública argentina: probidade e ética institucional .....	71
2.7	<i>Maladministration</i> nos modelos teóricos de <i>common law</i> .....	72
<b>CAPÍTULO II – O diagnóstico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública no direito brasileiro.....</b>		
1.	Improbidade e desonra: a perspectiva da imoralidade administrativa no sistema brasileiro.....	74
1.1	Moral administrativa e as raízes da probidade dos agentes públicos.....	76
1.1.1	Boa-fé objetiva .....	78
1.1.2	Formação das regras não escritas da Administração Pública e a avaliação dos deveres públicos existentes .....	79
1.2	Moralidade subjetiva: os fundamentos da responsabilidade pessoal dos funcionários públicos .....	82
1.2.1	Fundamentos gerais da responsabilidade pessoal.....	83
1.2.2	Tipos de responsabilidade pessoal dos agentes públicos .....	85
1.2.2.1	Responsabilidade social .....	86
1.2.2.2	Responsabilidade moral .....	87
1.2.2.3	Responsabilidade política.....	88
1.2.2.4	Responsabilidade jurídica .....	92
1.3	Virtudes e pecados profissionais dos agentes públicos no marco da moralidade administrativa: a desonra do <i>improbis</i> e a perspectiva de sua responsabilidade jurídica .....	93
2.	O histórico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública no direito brasileiro .....	97
2.1	Perspectiva constitucional .....	97
2.2	Perspectiva legal .....	99
<b>CAPÍTULO III – Deveres públicos e probidade administrativa: uma perspectiva geral ...</b>		
1.	Universo dos deveres públicos.....	104
1.1	Deveres positivos e negativos .....	104
1.2	Deveres fundamentais conectados às exigências de mínima honestidade profissional e/ou mínima eficiência funcional.....	106
2.	O dever de obediência à legalidade administrativa .....	109
2.1	Fundamentos gerais do dever de obediência à legalidade.....	109
2.2	Crise da legalidade: os novos paradigmas e a construção de modelos normativos .....	112
3.	Deveres públicos complementares à legalidade .....	116
3.1	Lealdade institucional.....	117
3.2	Honestidade administrativa .....	122

3.3	Imparcialidade administrativa .....	132
3.4	Eficiência administrativa .....	137
3.5	Probidade administrativa e legalidade.....	147

## SEGUNDA PARTE

### *As características gerais da improbidade administrativa no sistema brasileiro*

<b>CAPÍTULO I</b>	<b>A Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA): natureza e alcance ....</b>	<b>153</b>
1.	Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros.....	153
1.1	Natureza e alcance dos Códigos Gerais de Conduta.....	155
1.1.1	Modelos de Códigos descentralizados .....	160
1.1.2	Modelos de Códigos centralizadores .....	161
1.2	A Lei de Improbidade Administrativa e suas dimensões gerais.....	163
1.2.1	Administrações Públicas em sentido amplo: atos legislativos, jurisdicionais e administrativos .....	165
1.2.2	Gestão pública.....	168
1.2.3	Agentes públicos e particulares: nota preliminar sobre a suposta imunidade de certos agentes políticos e a incidência do foro por prerrogativa de função.....	169
2.	Sobre a utilidade dos Códigos Gerais na luta contra a falta de probidade administrativa.....	179
3.	Natureza jurídica das sanções aos atos de improbidade administrativa.....	184
3.1	Sanção administrativa e ato de improbidade .....	186
3.1.1	Retomada dos fundamentos históricos do direito administrativo sancionador.....	187
3.1.2	O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro: nossa proposta e sua aplicabilidade à improbidade administrativa.....	190
3.1.3	Improbidade como espécie de ilícito administrativo .....	192
3.2	Devido processo legal punitivo da improbidade administrativa e o regime jurídico do direito administrativo sancionador.....	197
3.3	Improbidade e crimes de responsabilidade: balanço de uma relação histórica ...	205
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>Estrutura normativa da conduta ilícita na Lei Geral de Improbidade Administrativa .....</b>	<b>209</b>
1.	Funcionalidade diversificada dos dispositivos gerais e casuísticos .....	211
1.1	Violação das proibições do <i>caput</i> dos arts. 9.º, 10 e 11 da Lei Geral e sua estrutura normativa .....	215
1.2	Violação das proibições dos incisos e sua estruturação normativa .....	217
1.3	Improbidade culposa: constitucionalidade .....	226
2.	Normas sancionadoras em branco .....	229
3.	Estrutura analítica do ato de improbidade administrativa .....	234

3.1	Ações e/ou omissões dos agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou em razão delas .....	234
3.2	Desvalor do resultado e da ação .....	240
3.3	Tipicidade proibitiva: o injusto culpável .....	243
3.4	Imputabilidade geral do sujeito.....	249
3.5	Causalidade normativa adequada .....	251
	3.5.1 Atos decisórios .....	252
	3.5.2 Atos de opinião.....	253
	3.5.3 Atos materiais.....	254
	3.5.4 Atos de terceiros .....	255
4.	O objeto de proteção do ato <i>improbus</i> .....	256
	4.1 Vedação à grave agressão aos direitos fundamentais conectados à boa Administração Pública.....	257
	4.2 Vedação à grave agressão às normas da cultura político-administrativa vigente .....	261
CAPÍTULO III – Adequação típica do ato de improbidade administrativa .....		270
1.	Perspectiva geral dos tipos sancionadores e a probidade de quem investiga, acusa ou julga.....	270
2.	Tipologia tradicional da improbidade administrativa: balanço preliminar.....	281
	2.1 Subornos e propinas: caminhos da corrupção pública .....	287
	2.2 Dispensa indevida de processo licitatório: fraudes e favorecimentos .....	287
	2.3 Dispensa indevida de concurso público: a problemática causalidade dos vícios.....	289
	2.4 Promoção pessoal de agentes públicos: personalismo governamental e individual .....	290
	2.5 Nepotismo: interesses incestuosos no setor público .....	293
	2.6 Conflitos de interesses com vantagens indevidas .....	299
	2.6.1 Violação de “quarentena” por magistrados e membros do Ministério Público: interesses antagônicos e deslealdade institucional.....	300
	2.6.2 Aceitação de presentes por magistrados ou membros do Ministério Público com vulneração da presunção de imparcialidade.....	306
	2.7 Remunerações ilegais: zonas de penumbra .....	311
	2.8 Uso abusivo do patrimônio público: hipóteses controversas.....	314
	2.9 Transgressões ambientais, urbanísticas, fiscais: a improbidade decorrente de infração às normativas setoriais e os horizontes abertos das normas em branco.....	315
	2.10 Desvios de poder e de finalidade: sobre as transgressões rotineiras e consuetudinárias.....	316
CAPÍTULO IV – Tipicidade geral da improbidade administrativa: classificação por critérios.....		318
1.	Cláusula geral de improbidade por violação às normas que presidem a Administração Pública .....	321

1.1	Grave perseguição de finalidades ilícitas.....	324
1.1.1	Fins proibidos em lei e regulamentos: a dimensão da normativa aplicável à matéria .....	327
1.1.2	Fins privados ilícitos: a supremacia do interesse público sobre o particular.....	329
1.1.3	Fins de obtenção de vantagens econômicas indevidas .....	330
1.1.4	Fins não patrimoniais: interesses diretos e indiretos.....	331
1.1.5	Fins públicos ilícitos: interesses secundários e primários.....	333
1.2	Grave atraso ou omissão indevida da prática de um ato de ofício .....	340
1.3	Grave quebra de sigilo funcional .....	343
1.4	Grave negativa de publicidade para os atos oficiais .....	347
1.5	Grave produção de ilicitude em concurso público ou sua dispensa indevida ...	349
1.6	Grave omissão de prestação de contas.....	351
2.	Cláusula geral de improbidade por violação às normas que presidem a Administração Pública e o erário .....	352
3.	Cláusula geral de improbidade por violação às normas que presidem a Administração Pública e a evolução patrimonial direta ou indireta dos agentes públicos..	358
3.1	Recebimento indevido de vantagens pecuniárias em razão das funções ....	362
3.1.1	A medida das vantagens pecuniárias .....	363
3.1.2	A dimensão da vantagem indevida.....	366
3.1.3	A percepção de vantagens de quem tem interesses concretamente expostos às atribuições públicas do agente .....	367
3.2	Preços dissonantes do mercado e negócios públicos ilícitos .....	369
3.3	Uso de patrimônio público para fins privados .....	370
3.4	Enriquecimento desproporcional sem causa aparente .....	376
3.5	Atividades com conflito de interesses concretos .....	379
	CONCLUSÃO.....	381
	BIBLIOGRAFIA.....	385
	ANEXO – JURISPRUDÊNCIA .....	421
	OBRAS DO AUTOR.....	431