

EMERSON GARCIA
ROGÉRIO PACHECO ALVES

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

8ª edição

revista, ampliada e atualizada de acordo com a
Lei n. 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses),
Lei n. 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) e
Lei n. 13.019/2014 (Lei das Parcerias Voluntárias)

2014



EMERSON GARCIA
ROGÉRIO PACHECO ALVES



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueiro César – São Paulo – SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SAC: 0800 011 7875
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
www.editorasaraiva.com.br/contato

Direção editorial Luiz Roberto Curia
Gerência executiva Rogério Eduardo Alves

Gerência editorial Thais de Comargo Rodrigues
Assistência editorial Daniel Pavani Naveira

Coordenação geral Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan e
Ana Cristina Garcia (coords.)
Luciano Carneiro Shirakawa

Projeto gráfico Lais Sariano
Arte e diagramação Tarumã
Revisão de provas Amélia Kassis Ward e
Ana Beatriz Fraga Moreira (coords.)
Bernardete de Souza Maurício

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva
Kelli Priscila Pinto
Surane Vallenich

Capa Leon Denis Matheus

Produção gráfica Marli Rampim
Impressão Editora Gráfica Bernardi Ltda.
Acabamento Editora Gráfica Bernardi Ltda.

ISBN 978-85-02-22815-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Garcia, Emerson

Improbidade administrativa / Emerson Garcia,
Rogério Pacheco Alves. – 8. ed. – São Paulo :
Saraiva, 2014.

Bibliografia

1. Administração pública e moralidade 2.
Corrupção administrativa 3. Direito administrativo 4.
Ílícito administrativo 5. Responsabilidade
administrativa I. Alves, Rogério Pacheco. II. Título.

14-04873

CDU-35.086

Índice para catálogo sistemático:

1. Improbidade administrativa : Direito
administrativo 35.086

Data de fechamento da edição: 4-9-2014

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio
ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecida na Lei n. 9.610/98 e
punida pelo art. 184 do Código Penal.

134.830.008.001

965492

Sumário

Agradecimentos.....	5
Abreviaturas.....	7
Prefácio.....	23
Nota à 8ª Edição.....	27
Nota à 7ª Edição.....	29
Nota à 6ª Edição.....	31
Nota à 5ª Edição.....	33
Nota à 4ª Edição.....	35
Nota à 3ª Edição.....	37
Nota à 2ª Edição.....	39
Plano da Obra.....	41

PRIMEIRA PARTE
Improbidade Administrativa
Emerson Garcia

Introdução.....	47
Capítulo I – Da Corrupção.....	51
1. Considerações Iniciais.....	51
2. Corrupção e Democracia.....	51
3. Corrupção e Procedimento Eletivo.....	54
4. Corrupção e Divisão dos Poderes.....	56
5. Corrupção e Deficiências na Organização Estatal.....	57
6. A elaboração e a gestão do orçamento como fontes da corrupção.....	59
7. Corrupção e Publicidade.....	61
8. Corrupção e Desestatização.....	65

9. Corrupção e Responsabilidade do Agente Público.....	65
10. Dosimetria das Sanções e Perspectiva de Efetividade	68
11. Corrupção e Interesse Privado.....	69
12. Custos Sociais da Corrupção	71
13. Simulação da Licitude dos Atos de Corrupção	73
14. O Redimensionamento de Práticas Privadas como Mecanismo de Contenção da Corrupção.....	73
15. Corrupção e Globalização.....	74
16. O Combate à Corrupção no Plano Internacional	75
16.1. A Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção ...	83
16.2. A Lei Anticorrupção da França.....	87
Capítulo II – Dos Princípios Regentes da Probidade	91
1. Princípios. Aspectos Gerais.....	91
1.1. O Caráter Normativo dos Princípios.....	94
1.2. Distinção entre Regras e Princípios	96
2. Delineamento da Probidade	101
3. Princípio da Juridicidade	106
3.1. Princípio da Impessoalidade	108
3.1.1. Impessoalidade e responsabilidade pessoal do agente público.....	109
3.2. Princípio da Publicidade	110
3.3. Princípio da Eficiência.....	111
3.4. Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	113
3.5. Princípio da Razoabilidade	114
4. Princípio da Legalidade. Notícia Histórica	116
4.1. O Estado Democrático de Direito	119
4.2. O Conteúdo do Princípio da Legalidade	121
4.3. A Lei como Fundamento de Validade dos Atos Estatais	123
4.4. A Lei como Elemento Condicionante da Vontade Estatal.....	126
4.5. O Princípio da Constitucionalidade	128
5. Princípio da Moralidade Administrativa. Introito	129
5.1. A Moral no Direito Privado	131
5.2. A Moral no Direito Administrativo e seu Alicerce Dogmático	132
5.2.1. Delimitação da moralidade administrativa.....	137
5.2.2. Essência da moralidade administrativa.....	138

5.2.3. Previsão normativa.....	141
5.2.4. A moralidade e os elementos do ato administrativo	142
5.2.5. A moralidade administrativa na jurisprudência pátria	145
6. Princípio da Proporcionalidade	148
6.1. A Proporcionalidade na Alemanha	150
6.2. A Razoabilidade na Inglaterra.....	155
6.3. A Razoabilidade nos Estados Unidos da América.....	157
6.4. Necessidade de Utilização Responsável do Princípio.....	162
6.5. A Proporcionalidade no Brasil.....	163
6.6. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	165
6.7. A Proporcionalidade e o Combate à Improbidade	168
6.7.1. A relevância da má-fé na aferição da proporcionalidade.....	174
7. Probidade e Honestidade: entre o Semântico e o Normativo	179
Capítulo III – Controle Preventivo da Probidade Administrativa.....	187
1. Códigos de Conduta.....	187
1.1. Código de Conduta da Alta Administração Federal.....	189
1.2. Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.....	194
2. O <i>Ombudsman</i>	196
3. Incompatibilidades	199
4. Monitoramento da Evolução Patrimonial e das Atividades Desempenhadas.....	201
4.1. Sistemática da Lei n. 8.429/1992 – Declaração de Bens.....	203
4.2. Sistemática da Lei n. 8.730/1993 – Declaração de Bens.....	205
4.3. Sistemática da Lei n. 12.813/2013 – Declaração de Atividades	207
4.3.1. Conflito contemporâneo.....	208
4.3.2. Conflito posterior	209
4.3.3. O controle interno como mecanismo de coibição do conflito de interesses	210
Capítulo IV – Controle Repressivo da Improbidade Administrativa.....	213
1. Das Funções Estatais e o Princípio da Divisão dos Poderes.....	213
2. Formas de Controle	217
3. Do Controle Administrativo	219
4. Do Controle Legislativo	229
4.1. O Controle Financeiro e o Tribunal de Contas	231

4.1.1. A competência do Tribunal de Contas na apreciação das contas de governo e das contas de gestão	244
4.2. As Comissões Parlamentares de Inquérito.....	246
5. Do Controle Jurisdicional.....	254
5.1. Sistema de Jurisdição Única	255
5.2. Sistema de Jurisdição Dúplice.....	256
5.3. Relevância do Controle Jurisdicional.....	258
5.4. Natureza do Controle Jurisdicional no Brasil.....	258
5.4.1. Amplitude	259
Capítulo V – Normas de Combate à Improbidade.....	263
1. Breve Histórico das Normas de Combate à Improbidade.....	263
2. Antecedentes Legislativos.....	269
2.1. Âmbito Constitucional.....	269
2.2. Normas Infraconstitucionais.....	271
2.2.1. Lei n. 3.164/1957.....	272
2.2.2. Lei n. 3.502/1958.....	273
2.2.3. Atos da Ditadura Militar	274
2.2.4. Lei n. 4.717/1965.....	277
2.2.5. Lei n. 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas).....	278
2.2.5.1. Sujeitos passivos	278
2.2.5.2. Sujeitos ativos	279
2.2.5.3. Terceiros.....	281
2.2.5.4. Atos lesivos à Administração Pública.....	282
2.2.5.5. Elemento subjetivo	284
2.2.5.6. As sanções cominadas e sua natureza jurídica.....	286
2.2.5.7. Processo administrativo de responsabilização	290
2.2.5.8. Acordo de leniência no âmbito do processo administrativo	293
2.2.5.9. Do processo judicial de responsabilização.....	295
2.2.5.10. Prescrição.....	296
2.2.5.11. Os Cadastros Nacionais de Empresas Punidas e de Empresas Inidôneas e Suspensas	297
2.3. Aspectos Finais.....	298
3. Competência Legislativa	298
4. Normatização Básica	300
5. Ementa da Lei n. 8.429/1992.....	302

6. Vigência da Lei n. 8.429/1992.....	304
7. Perspectivas de Efetividade da Lei n. 8.429/1992.....	307
Capítulo VI – Sujeitos dos Atos de Improbidade.....	313
1. Sujeito Passivo.....	313
1.1. Sindicatos.....	319
1.2. Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional.....	321
1.3. Partidos Políticos.....	324
1.4. Terceiro Setor.....	327
1.5. Consórcios Públicos.....	338
2. Sujeito Ativo.....	343
2.1. Agentes de Fato.....	350
2.2. Hierarquia Administrativa e Dever Jurídico de Fiscalizar.....	351
2.2.1. Delegação de funções administrativas.....	353
2.3. Advogados.....	354
2.4. Árbitros.....	356
2.5. Delegatários das Serventias do Registro Público.....	358
2.6. Estagiários.....	363
3. Terceiros.....	365
3.1. As Pessoas Jurídicas.....	368
4. Da Responsabilidade do Sucessor do Ímprobo.....	369
Capítulo VII – Tipologia dos Atos de Improbidade.....	375
1. Conceitos Jurídicos Indeterminados e os Atos de Improbidade.....	375
2. Enriquecimento Ilícito.....	382
2.1. Vantagem Patrimonial Indevida.....	392
2.2. Lavagem de Dinheiro.....	398
2.3. Paraísos Fiscais.....	400
2.4. Reflexões sobre a Criminalização do Enriquecimento Ilícito.....	403
3. Atos Lesivos ao Patrimônio Público.....	407
3.1. Amplitude da Noção de Patrimônio Público.....	412
4. Atos atentatórios aos Princípios Regentes da Atividade Estatal.....	415
4.1. O Princípio da Juridicidade e os Deveres dos Agentes Públicos.....	424
5. Efetiva Ocorrência de Dano. Desnecessidade.....	428
6. Elemento Subjetivo nos Atos de Improbidade.....	432
7. MP n. 2.088-35/2000.....	438

Improbidade Administrativa

8. A Improbidade no Direito do Trabalho.....	444
Capítulo VIII – Dos Atos de Improbidade.....	447
1. Iter de Individualização dos Atos de Improbidade.....	447
1.1. Primeiro Momento.....	447
1.2. Segundo Momento.....	449
1.3. Terceiro Momento.....	449
1.4. Quarto Momento.....	450
1.5. Quinto Momento.....	450
2. Tentativa.....	451
3. Dos Atos Funcionais. Conceitos Material e Formal.....	453
4. Atos Administrativos.....	460
4.1. Poder Discricionário.....	461
4.1.1. Diretrizes para o controle do poder discricionário.....	463
4.1.2. O erro de apreciação (juízo de fato e juízo de valor).....	464
4.1.3. A questão da discricionariedade técnica.....	465
4.2. Abuso de Poder.....	467
5. Atos Legislativos.....	470
5.1. A Imunidade Parlamentar.....	473
6. Atos Jurisdicionais.....	479
6.1. Influência de Fatores Externos.....	482
6.2. Omissão Deliberada.....	482
6.3. Reprimenda.....	484
7. Atos do Ministério Público.....	487
Capítulo IX – Da Casuística.....	491
1. Explicação.....	491
2. Aquisição de Bens em Montante Superior à Renda.....	491
3. Não Aplicação de Receita Mínima em Educação e Saúde.....	496
3.1. O FUNDEB.....	499
4. Fundo Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente e Direcionamento das Doações.....	501
5. Irregularidades no Procedimento Licitatório.....	505
5.1. Inclusão de Cláusula Restritiva no Edital.....	508
5.2. Publicação de Edital com Lacunas e Cláusulas Subjetivas.....	509
5.3. Fraude na Constituição de Pessoa Jurídica Participante.....	510

5.4. Fracionamento Indevido do Objeto Licitado.....	512
5.5. Oferecimento de Bens ou Serviços por Preço Inferior ao de Mercado.....	513
5.6. Superfaturamento da Proposta e do Objeto do Contrato.....	514
5.7. Existência de Vínculo Subjetivo entre os Concorrentes em Detrimento dos Princípios da Isonomia e da Competitividade.....	515
5.8. Empresa que Participa do Procedimento Licitatório e que Abriga, em seu Qua- dro Societário, Servidor do Órgão Contratante.....	517
5.9. Alteração do Objeto do Contrato.....	518
5.10. Alteração da Forma e das Condições de Pagamento Previstas no Edital da Li- citação.....	518
5.11. Contratação de Obras ou Serviços Inexistentes.....	519
5.12. Dispensa Indevida de Licitação.....	520
6. Contratação sem Concurso Público.....	526
7. Da Lei Inconstitucional e seu Repúdio pelo Poder Executivo.....	538
7.1. Argumentos Contrários.....	539
7.2. Argumentos Favoráveis.....	541
7.3. Análise Crítica.....	542
7.4. Ato Praticado com Base em Lei Inconstitucional e Improbidade Administrativa.....	546
8. Violação ao Princípio da Impessoalidade.....	549
9. Descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.....	554
9.1. A Lei de Responsabilidade Fiscal à Luz da Constituição.....	556
9.2. Vigência.....	558
9.3. Natureza das Sanções Cominadas.....	559
9.4. Função das Leis Orçamentárias.....	560
9.5. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Ideologia Participativa.....	563
9.6. Exação em Matéria Tributária.....	565
9.7. Medidas Precedentes à Despesa Pública.....	567
9.8. Limites de Gastos com Pessoal.....	568
9.8.1. Limites de gastos com pessoal no Poder Legislativo Municipal.....	570
9.8.2. Terceirização de serviços e de mão de obra.....	572
9.9. Limites Temporais e Materiais para a Contratação de Despesas.....	575
9.10. Restrições à Aplicação das Receitas de Capital.....	580
9.11. Considerações Finais.....	581
10. Inobservância do Estatuto da Cidade.....	582

11. Ato Administrativo Fundado em Parecer Técnico Equivocado	587
12. A Inabilidade do Agente Público e a Inobservância do Dever de Eficiência.....	591
13. O Nepotismo	596
14. Atos de Improbidade Praticados em Detrimento do Procedimento Eletivo.....	605
15. Inobservância das Normas que Dispõem sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.....	611
Capítulo X – Das Sanções	613
1. Introdução	613
2. Constitucionalidade do Art. 12 da Lei n. 8.429/1992	615
3. Natureza Jurídica	617
3.1. Atos de Improbidade e Crimes de Responsabilidade	629
4. Perda de Bens ou Valores Acrescidos Ilicitamente ao Patrimônio	641
5. Ressarcimento Integral do Dano	644
5.1. O Dever Jurídico de não Causar Dano a Outrem.....	648
5.2. Dano Moral.....	648
5.2.1. Os atos de improbidade e o dano moral coletivo	655
5.3. Contrato Nulo e Enriquecimento Ilícito do Poder Público	657
5.4. Dever de Reparar o Dano. Preexistência à Lei n. 8.429/1992	665
5.5. Empresa Privatizada e Ressarcimento do Dano	668
5.6. Parcelas que Integrarão o Montante a ser Ressarcido.....	668
6. Perda da Função Pública	670
6.1. Presidente da República	679
6.2. Senadores e Deputados Federais, Estaduais e Distritais.....	683
6.3. Membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas.....	685
6.4. Servidores Militares Estaduais e Federais	689
6.5. Inatividade e não Incidência da Sanção de Perda da Função Pública.....	697
7. Suspensão dos Direitos Políticos	699
8. Multa Civil.....	704
9. Proibição de Contratar com o Poder Público ou Receber Incentivos Fiscais ou Creditícios, Direta ou Indiretamente, ainda que por Intermédio de Pessoa Jurídica da qual seja Sócio Majoritário.....	707
10. Independência e Comunicabilidade entre as Instâncias Penal, Civil e Administrativa.....	712
11. Nulidade do Ato e demais Sanções Previstas na Legislação Extravagante.....	721
12. Individualização e Dosimetria das Sanções.....	724

12.1. Diretivas de Proporcionalidade na Individualização das Sanções	724
12.2. Fixação da Reprimenda Base.....	731
12.3. Circunstâncias Atenuantes e Agravantes	732
12.4. Subsunção da Conduta a mais de um Tipo.....	733
12.5. Pluralidade de Atos de Improbidade	736
12.6. Considerações Finais	738
13. Efeito Específico da Condenação por Ato de Improbidade.....	738
14. Prescrição	746
14.1. Prescrição Intercorrente.....	762
14.2. Retroatividade da Norma Prescricional.....	764

SEGUNDA PARTE

Aspectos Investigatórios e Processuais da Improbidade Administrativa

Rogério Pacheco Alves

Introdução. A Defesa do Patrimônio Público como um Interesse Difuso.....	771
Capítulo I – O Momento Investigativo. O Inquérito Civil	779
1. Natureza Jurídica e Origens.....	779
2. Finalidade	780
3. Instrumento de Investigação da Improbidade Administrativa	785
4. O Princípio da Obrigatoriedade: Conteúdo e Sentido	787
5. Representação e Comunicação.....	793
5.1. Delação Anônima.....	797
6. Sigilo das Investigações.....	800
7. O Alcance dos Poderes Investigatórios.....	805
7.1. Aspectos Gerais.....	805
7.2. Resguardo Constitucional da Privacidade.....	815
7.3. Sigilo Bancário.....	816
7.4. Sigilo Patrimonial	824
7.5. Dados Cadastrais referentes aos Usuários de Serviços de Telefonia. Registros das Conversações Telefônicas.....	828

7.6. Mecanismos de Acesso aos Dados Sigilosos	836
8. Valor Probatório.....	839
9. Vícios do Inquérito Civil e seus Reflexos na Ação Civil Pública.....	842
10. O Encerramento das Investigações	843
10.1. Arquivamento	844
10.2. Trancamento	852
11. Controle de Legalidade dos Atos Praticados no Inquérito Civil.....	856
12. Desarquivamento.....	857
13. Termo de Ajustamento de Conduta e Recomendações na Seara da Improbidade Administrativa.....	863
13.1. Atos de Improbidade Administrativa de “Menor Potencial Ofensivo”	869
13.2. O Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)	871
Capítulo II – O Momento Processual. A Ação Civil de Improbidade	877
1. Ação Civil Pública: Seu Cabimento, ou não, no Campo da Improbidade Administrativa	877
2. Disciplina Processual Aplicável	883
3. O Princípio da Obrigatoriedade	886
4. Controle Incidental de Constitucionalidade.....	888
5. Ação Civil Pública e Ação Popular no Campo da Improbidade.....	894
6. Legitimação <i>Ad Causam</i>	898
6.1. Legitimação Ativa: Aspectos Gerais	898
6.2. Pessoas Jurídicas de Direito Público	900
6.3. Ministério Público	901
6.4. Associações	908
6.4.1. Defensoria Pública.....	913
6.4.2. Litisconsórcio entre Colegitimados e entre Ministérios Públicos.....	914
6.4.3. Omissões objetivas e subjetivas da inicial. Atuação supletória dos colegitimados.....	915
6.4.4. Abandono da ação.....	919
6.4.5. Postura do Ministério Público e dos demais legitimados.....	923
6.5. Legitimação Passiva	925
6.5.1. Aspectos gerais	925
6.5.2. Sucessão processual	927

6.5.3. Pessoa jurídica de direito privado.....	928
6.5.3.1. Desconsideração da personalidade jurídica	930
6.5.4. A pessoa jurídica de direito público lesada.....	934
7. Competência	940
7.1. Competência Originária dos Tribunais. O Foro por Prerrogativa de Função	941
7.1.1. Considerações de ordem geral	941
7.1.2. Ampliação do foro por prerrogativa de função ao campo da improbidade administrativa (Lei n. 10.628/2002).....	945
7.1.3. A prevalecer o foro por prerrogativa de função.....	953
7.1.4. A Proposta de Emenda Constitucional n. 358/2005	958
7.2. Justiça do Trabalho	961
7.3. Justiça Federal.....	963
7.4. Competência Territorial	969
7.5. Prevenção.....	975
8. Atribuição do Órgão do Ministério Público.....	978
9. O Pedido	979
9.1. Possibilidade de Cumulação de Pedidos na Ação de Improbidade. A Questão do Dano Moral Difuso	979
9.2. Pedidos Implícitos	985
9.3. Correlação entre Pedido e Sentença	987
10. Procedimento.....	994
10.1. Aspectos Gerais	994
10.2. Imputação e Defesa Prévia	997
10.3. Juízo de Admissibilidade da Petição Inicial	1002
10.4. Considerações Finais	1004
11. Publicidade dos Atos Processuais e Direito à Informação	1006
12. Revelia	1013
13. Confissão Judicial e Extrajudicial.....	1017
14. Prova Emprestada.....	1020
15. Medidas Cautelares	1026
15.1. Aspectos Gerais.....	1026
15.1.1. Processo cautelar e efetividade do processo.....	1026
15.1.2. Requisitos das providências cautelares. Possibilidade de decretação de medidas cautelares <i>inaudita altera pars</i>	1028

Improbidade Administrativa

15.1.3. Possibilidade de adoção das medidas cautelares nos próprios autos da ação principal. Recursos cabíveis	1031
15.1.4. Inaplicabilidade da Lei n. 8.437/92.....	1034
15.1.5. Prazo para o ajuizamento da ação principal.....	1035
15.2. Medidas Cautelares em Espécie.....	1039
15.2.1. Afastamento do agente público.....	1039
15.2.1.1. Afastamento do agente público e suspensão de liminares e sen- tenças	1050
15.2.2. Medidas cautelares patrimoniais.....	1055
15.2.2.1. Indisponibilidade de bens	1058
15.2.2.2. Sequestro	1066
15.3. Medidas Cautelares Atípicas	1071
15.4. Medidas de Urgência no Plano Internacional e Cooperação Jurídica.....	1074
16. Antecipação dos Efeitos da Tutela	1091
16.1. Visão Geral do Instituto	1091
16.2. Cabimento, ou não, na Ação Civil de Improbidade	1096
17. Sentença	1100
17.1. Requisitos da Sentença na Ação Civil de Improbidade – Fundamentação, Clareza e Precisão	1100
17.2. A Sentença de Procedência	1103
17.3. A Sentença de Improcedência.....	1106
17.4. Sucumbência e Litigância de Má-Fé	1110
18. Coisa Julgada.....	1115
18.1. Visão Panorâmica do Instituto	1115
18.2. Coisa Julgada nas Demandas Coletivas	1117
18.3. Ação Civil de Improbidade e Ação Popular.....	1120
18.4. Ação Civil de Improbidade e Ações Individuais	1122
18.5. Influência Recíproca entre as Jurisdições Civil e Criminal.....	1123
19. Por uma nova disciplina processual da LIA. O Anteprojeto ENCCLA	1126
Anteprojeto da Lei de Improbidade Administrativa Elaborado pela ENCCLA (Revo- gação da Lei n. 8.429/1992)	1137
Referências Bibliográficas	1153
Índice Alfabético-Remissivo	1201