

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Priscila Lima Aguiar Fernandes

**A APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO
DIREITO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DO MEIO-TERMO ARISTOTÉLICO:
DA IMPUNIDADE AO EXCESSO DE PUNITIVISMO**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2020**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Priscila Lima Aguiar Fernandes

**A APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO
DIREITO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DO MEIO-TERMO ARISTOTÉLICO:
DA IMPUNIDADE AO EXCESSO DE PUNITIVISMO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, com concentração em Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

**São Paulo
2020**

BANCA EXAMINADORA:

*Aos meus pais, ao meu marido e às
minhas irmãs: meus amores maiores.*

AGRADECIMENTOS

Elaborar uma dissertação de mestrado durante uma pandemia não foi algo fácil, pois, além das dificuldades rotineiras comuns a todos os mestrandos, houve a necessidade de lidar com as angústias e incertezas geradas pela covid-19, em diversos âmbitos da vida.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu marido, Felipe Fernandes, companheiro de uma vida e também de quarentena. Agradeço pela paciência, pelos exemplos diários de foco e dedicação, por me ajudar a encontrar minha melhor versão. Essa conquista é nossa.

Agradeço muito à minha orientadora, Profa. Dra. Márcia Alvim, pela humildade, abertura, sensibilidade e ensinamentos dispensados durante a orientação.

Aos meus pais, Elmo Roberto Aguiar e Mirna Aguiar, por me apoiarem em todas as minhas escolhas. Agradeço por tanto amor, dedicação e por terem me criado para o mundo real.

Às minhas irmãs, Camila Aguiar e Rebeca Aguiar, pelo amor e palavras de conforto nos momentos mais complicados.

Às tias Magnólia Lima, Mércia Lima e Milene Gurgel, pelo carinho e pelo entusiasmo com minhas conquistas.

Aos meus sogros, Tarcísio Fernandes e Lili Fernandes, pela atenção e compreensão nas ausências familiares.

Aos Drs. Cristiano Vilela, Fátima Miranda e Wilton Gomes, pelos incentivos acadêmicos, e, principalmente, por acreditarem no meu trabalho, guiando meus passos profissionais para o caminho da boa advocacia.

À equipe do VSG Advogados, em especial às amigas Natália Borges e Rosana Pelliciar, por dividirem as dificuldades e os prazeres do cotidiano da advocacia.

Às amigas Gabriela Freitas, Joana Lemos e Paula Rodrigues, pelos ouvidos e conselhos ofertados.

RESUMO

Este trabalho expõe disfunções encontradas, após a investigação de casos concretos, na aplicabilidade da lei de improbidade administrativa no direito brasileiro, com enfoque no processamento de agentes políticos. Restou demonstrado o desvirtuamento na imputação dos tipos lá contidos, pois, devido à abertura semântica de que são dotados, possibilita-se o ajuizamento de ações por ato de improbidade administrativa injustificadas, bem como condenações indevidas e desarrazoadas, ambos pautados em interesses não republicanos, em nítido desrespeito às garantias constitucionais e aos valores que devem reger a atuação dos operadores do direito, sob a interferência de elementos não devidamente juridicizados. Evidenciou-se que o cenário atual se caracteriza por um punitivismo exacerbado, fenômeno impulsionado pelo sentimento de insatisfação popular para com agentes políticos e por pressões midiáticas, o que distancia a atuação dos sujeitos processuais envolvidos da concretização de justiça. Diante desse contexto de insegurança jurídica e, em especial, pela gravidade das sanções contidas na lei de improbidade administrativa, buscou-se, orientado pela lição clássica aristotélica do meio-termo, o estabelecimento de uma diretriz para atenuar referida problemática, consistente no uso da desonestidade na atuação do agente como critério de norte para o encontro de uma justa medida. Assim, propôs-se solução que visa à interpretação conforme dos dispositivos legais analisados, de forma a atingir o meio-termo entre punir os atos que devem ser punidos, com a observância das garantias constitucionais do processado, e não punir os atos praticados sem o requisito da desonestidade, pois estes não devem ser punidos como se atos ímprobos fossem.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Aplicabilidade. Disfunções. Aristóteles. Meio-termo.

ABSTRACT

This work exposes dysfunctions found, after the investigation of specific cases, in the applicability of the administrative misconduct law in Brazil, focusing on the processing of political agents. It restores the distortion in the attribution of the types contained therein, because, due to the semantic openness they are endowed, it is possible to file lawsuits for an act of unjustified administrative misconduct, as well as undue and unreasonable convictions, both based on non-republican interests, in clear disrespect for constitutional guarantees and the values that must register the performance of the legal operators, under the interference of elements not duly legalized. It was evident that the current scenario is highlighted by an exacerbated punitivism, which distances the performance of the holders in question from the realization of justice, a phenomenon driven by the feeling of popular frustration with political agents and by media pressures. In view of this context of legal uncertainty and, in particular, the seriousness of the sanctions contained in the administrative misconduct law, it was sought, guided by the classic Aristotelian lesson of the middle term, the establishment of a guideline to mitigate corrects problems, consistent in the use of dishonesty in the agent's performance as a northern criterion for finding a due measure. Thus, a solution was proposed that aims at the interpretation in conformity with the Constitution, in order to reach the middle term between punishing the acts that should be punished, with the observance of the constitutional guarantees of the defendant, and not punishing the acts performed without the requirement of dishonesty, as these should not be punished as if they were unlawful acts.

Keywords: Administrative Misconduct. Applicability. Dysfunctions. Aristotle. Middle term.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	13
1.1 Noções históricas e o surgimento da lei	13
1.2 Previsão constitucional e a lei de improbidade administrativa	17
1.3 Elementos constitutivos da lei de improbidade administrativa	19
1.3.1 Sujeito passivo.....	19
1.3.2 Sujeito ativo.....	20
1.3.3 Procedimento.....	21
1.3.4 Modalidades de atos ímprobos.....	23
1.3.5 Hipóteses de sanção.....	27
1.3.6 Inexistência de bis in idem.....	28
1.3.7 Elemento subjetivo.....	28
1.4 Problemática dos tipos abertos	35
2 DISFUNÇÕES NA APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	43
2.1 Contexto atual: pressões sociomidiáticas e o punitivismo	43
2.1.1 Aparte histórico.....	43
2.1.2 As tentativas institucionais de separação entre público e privado.....	47
2.1.3 O papel da mídia.....	48
2.2 Plano pragmático: análise de casos concretos	53
2.2.1 Caso 1: decisão administrativa baseada em parecer técnico.....	53
2.2.2 Caso 2: inexistência de atuação dolosa do agente político.....	55
2.2.3 Caso 3: discordância sobre política pública adotada.....	56
2.2.4 Caso 4: decretação de indisponibilidade de bens.....	57
2.2.5 Caso 5: atestado médico em benefício do próprio emitente.....	60
2.3 Plano dogmático: ofensa às garantias fundamentais do cidadão no Estado democrático de direito	61
3 A DOCTRINA ARISTOTÉLICA DO MEIO-TERMO	68

3.1 A ética de Aristóteles.....	68
3.2 A justiça aristotélica e a ideia de meio-termo.....	72
3.2.1 Espécies de justiça.....	74
3.2.2 O meio-termo.....	81
3.3 A desonestidade como diretriz para a busca do meio-termo na aplicabilidade da lei de improbidade administrativa.....	88
 CONCLUSÃO.....	 95
 REFERÊNCIAS.....	 98

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo analisar a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa no atual contexto brasileiro de insatisfação com os agentes políticos, visto que resta evidenciado um punitivismo excessivo pelo uso inadequado de referido diploma legal. Diagnosticada essa disfunção, propõe-se, com base na doutrina do meio-termo aristotélico, uma diretriz para encontrar a justa medida na utilização da lei destacada neste trabalho, com intuito de proteção às garantias individuais e efetivação da justiça.

A corrupção e o mau uso da coisa pública são recorrentes no cenário político nacional desde o nascedouro dos primeiros traços de burocracia estatal no Brasil, o que foi tratado sob diversos enfoques ao longo da história.

Neste diapasão, diversas foram as respostas legislativas dadas no intuito de coibir tais práticas: em breve esboço histórico, verifica-se que o sentimento da população e a respectiva resposta das instituições variaram de acordo com a narrativa política consagrada no cenário nacional e os fatores socioeconômicos envolvidos. Não obstante, um sentimento relativamente comum aos tempos foi a indiferença de grande parte da população, que tratava a punição como “privilégio” das classes menos favorecidas, ao passo que, aos grandes políticos, estava garantida a impunidade.

Todavia, após o processo de redemocratização no Brasil, foi identificada uma crescente atenção da sociedade em relação ao trato da coisa pública, a qual desaguou, no limite, em revolta para com a política e clamor por punições a todo custo.

Não só o discurso social encontrou essa verve, mas também as instituições resolveram dar vazão a ela. Uma dessas respostas foi a lei de improbidade administrativa, que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios da Administração Pública.

Dada a alta carga moral do texto, bem como a amplitude semântica nele consagrada, observa-se, na atualidade, uma aplicabilidade desarrazoada dos dispositivos punitivos constantes do referido diploma, em grande medida a fim de responder aos anseios sociais.

Desta maneira, a atividade punitiva passou a ter um viés finalístico: se existe a pressuposição de ilícito praticado pelo agente público (neste trabalho com maior enfoque nos agentes políticos), as garantias em seu favor se prestariam apenas a menoscabar a tentativa de

realização da justiça retributiva consagrada na lei; o fim maior do processo seria a sanção e qualquer coisa que se oponha a ela deve ser relativizada.

Ocorre, todavia, que o Estado de direito é composto por uma série de pressupostos, dentre os quais se destaca o controle do poder por meio de regras preestabelecidas, em especial, a lei. Assim, as garantias consagradas no ordenamento jurídico, as quais são costumeiramente desprezadas em razão do fetiche punitivista da sociedade com relação aos políticos, são, em verdade, pressupostos do próprio Estado que se construiu, o que denota a gravidade dessas condutas.

Deste modo, quando os agentes públicos (notadamente aqueles lotados nos órgãos responsáveis pela persecução e por julgamentos), no afã de responder aos anseios sociais, relativizam os parâmetros legais de controle, diluindo garantias constitucionais, impõe-se um problema de cunho dogmático: até onde o texto constitucional impede os avanços das providências persecutórias e condenatórias, muitas vezes pautadas em um projeto de moralização da política, e em que medida tais providências podem ser consideradas como violação do pacto civilizatório estabelecido pela Constituição da República de 1988? Pode se considerar que há, de fato, a realização da justiça quando punições são buscadas, acima de tudo, por sentimento de vendeta e pela utilização de um reducionismo moralista como base? Há a construção de uma sociedade mais justa e mais saudável com o esgarçamento dos valores constitucionais, a fim de salvaguardar a narrativa punitivista preponderante no seio social?

Conforme adiantado, a fim de dar maior profundidade ao debate e também como forma de limitação temática, será analisada a lei de improbidade administrativa, diploma editado no contexto acima explanado, o qual, por possuir tipos punitivos com textura semântica especialmente aberta, torna-se campo fértil para a verificação de como os órgãos persecutórios e judicantes podem agir quando dotados de maior discricionariedade.

Como alternativa a esse punitivismo excessivo, pretende-se estabelecer uma diretriz de objetivação para aplicação da referida lei, com o cuidado de não retroceder à cultura de impunidade. Nesta oportunidade, diante da influência do filósofo Aristóteles no mundo contemporâneo, especialmente pela propagação de conceitos fundamentais para a compreensão da justiça e do direito, será utilizada sua ideia de meio-termo, que se revela de extrema importância na aquisição da justiça e da felicidade.

Em termos metodológicos, a presente dissertação, elaborada a partir do método dedutivo, por pesquisa bibliográfica e estudo de casos práticos, divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir.

O primeiro capítulo versa sobre a lei de improbidade administrativa, trazendo breves considerações sobre as hipóteses de sanção e apresentando os problemas ocasionados por seus tipos abertos, verdadeiros facilitadores para condenações injustificadas e exacerbadas de agentes políticos, bem como para o ajuizamento de ações descabidas.

O segundo capítulo adentra no tema da impunidade no Brasil e os anseios sociais por respostas ao problema. Após, traz uma reflexão sobre a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa, por meio da análise de casos práticos, avaliando-se a necessidade de uma interpretação conforme de seus dispositivos punitivos.

Por fim, o terceiro capítulo aborda os ensinamentos aristotélicos trazidos na obra *Ética a Nicômaco*, trazendo uma exposição sobre ética, noções de justiça e doutrina da mediania. Ao final, fazendo um cotejo com a problemática relatada sobre o desvirtuamento no uso da lei de improbidade administrativa, propõe a utilização da desonestidade na atuação do agente público como diretriz para a busca do meio-termo na aplicação da referida lei.

1 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429/1992) dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências¹, ou seja, trata das sanções impostas a quem realiza ato lesivo à boa administração.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho², referida lei é poderoso instrumento de controle judicial sobre os atos caracterizados como ímprobos, traduzindo a ação de improbidade administrativa como “[...] aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa”.

A expressão “improbidade administrativa”, portanto, em poucas palavras, pode ser definida como a desonestidade no exercício da função pública. É a conduta inadequada do agente público no trato com a coisa pública aliada à sua desonestidade, à má-fé. É o agir desleal.

A fim de contextualizar as disposições do presente estudo, são analisadas abaixo as noções históricas e o surgimento da lei, as disposições constitucionais sobre o tema e a estruturação do dispositivo legal em comento, detalhando os principais conceitos por ele consagrados, com o propósito de trazer uma melhor compreensão sobre seu alcance e suas sanções, para, no próximo capítulo, ser investigada possível má aplicação do diploma. Ao final, tece-se proposta referente ao seu melhor uso, após a definição de parâmetro com o emprego da doutrina do meio-termo aristotélico.

1.1 Noções históricas e o surgimento da lei

A lei de improbidade administrativa surgiu em um contexto político-institucional deveras relevante, uma vez que, em 2 de outubro do ano de seu sancionamento³ (1992), o então

¹ BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 03 de junho de 1992.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 984.

³ Disponível em:

<<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/20-anos-do-impeachment>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

Presidente da República, Fernando Collor de Mello, foi afastado de seu cargo em virtude da autorização, pela Câmara dos Deputados, de abertura de processo de *impeachment*, devido a sucessivos escândalos de corrupção, amplamente divulgados pela mídia. Diante da iminente condenação no Senado Federal, Fernando Collor de Mello renunciou, ao final de dezembro do mesmo ano, numa tentativa de evitar a inelegibilidade que poderia alcançá-lo, mas não obteve êxito, pois a condenação se concretizou, razão pela qual ficou afastado de cargos eletivos pelo período de oito anos.

Fernando Collor de Mello foi eleito Presidente da República em 1989, o primeiro civil eleito diretamente por votação popular após o golpe militar de 1964. Desde o início de seu governo existiram denúncias de corrupção envolvendo pessoas próximas, além de diversas medidas econômicas radicais, que desagradaram a sociedade, como o confisco de poupança, na tentativa de combate à inflação (o que não funcionou). O cenário, que já não era favorável, piorou em 1992, com a descoberta do “esquema PC Farias”, culminando no *impeachment* acima narrado.

Referido ambiente foi marcado pelo forte clamor popular em prol da destituição do Presidente da República, representado especialmente pela figura dos caras-pintadas, jovens que foram às ruas protestar, na esperança de superar o problema da corrupção, aqui encarada no seu sentido amplo, qual seja, de qualquer ato lesivo à Administração Pública.

Assim surgiu a lei de improbidade administrativa. Ironicamente, esta lei se originou de um projeto de lei enviado ao Congresso Nacional por Fernando Collor de Mello, que, apesar de não ter sido punido com base nela, sofreu *impeachment* por denúncia de corrupção, que guarda significado muito próximo ao de improbidade administrativa, consoante esposado acima.

Três anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, conforme demonstrado no subcapítulo a seguir, trouxe, em seu artigo 37, disposições sobre o dever de probidade dos agentes públicos, o projeto de lei nº 1.446/91 foi apresentado à Câmara dos Deputados pela Presidência da República (mensagem nº 406/91), na data de 14 de agosto de 1991, cujo assunto era estabelecer, além de outras providências, “[...] o procedimento para a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional⁴”.

⁴ BRASIL. Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em:

A proposta legislativa se destinava, consoante a exposição de motivos assinada pelo então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, “[...] a dar execução ao disposto no artigo 37, §4º, da Constituição [...]”⁵, inserindo-se no “[...] processo de modernização do País, [...] em ordem a resgatar, perante a sociedade, os mais gratos compromissos de campanha, que, por decisão majoritária do povo brasileiro, transformaram-se em plano de governo”⁶.

Restou fixado, ainda, na exposição de motivos, que deveriam ser criados meios próprios por procedimento legal adequado para a punição da “[...] prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos [...]”⁷.

Nota-se que, inicialmente, a pretensão se referia apenas ao enriquecimento ilícito, mas o projeto de lei foi alvo de 302 (trezentas e duas) emendas somente na Câmara dos Deputados, que alargaram sua abrangência para incluir também os casos de danos ao erário e violação a princípios da Administração Pública como improbidade administrativa⁸. Isto porque, segundo o Deputado Relator Carlos Alberto Campista, apenas a inclusão do enriquecimento ilícito como improbidade não atenderia ao mandamento contido no art. 37, §4º, da Constituição Federal, apontando que a redação do projeto de lei nos moldes enviados pelo Poder Executivo teria:

[...] o mais alto interesse para quantos quer que se incomodem com o bom uso da coisa pública neste país. Ao vincular a “improbidade administrativa” citada pela Carta ao instituto do enriquecimento ilícito, que é meramente uma de suas espécies, não lhe abrangendo todo o conteúdo, o Poder Executivo ameaça institucionalizar práticas até mais nocivas que o hábito de fazer fortuna às custas do erário.⁹

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 1.

⁵ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 14.

⁶ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 14.

⁷ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 14-15.

⁸ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 56-68.

⁹ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 58.

Após a aprovação na Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi enviado ao Senado Federal, que resolveu lhe oferecer substitutivo, o projeto de lei nº 94, de 1991 – Senado Federal¹⁰, o qual ampliou novamente as hipóteses de sanção pela prática de ato de improbidade administrativa, fazendo constar a possibilidade de enquadramento por atos que violem direito ou garantia individual¹¹, além de outras modificações, sendo a mais relevante a inclusão de sanções penais consistentes em reclusão e multa (art. 32¹²), motivo pelo qual o projeto retornou novamente à Câmara dos Deputados.

Após o recebimento do novo projeto pela Câmara dos Deputados, iniciou-se novo debate sobre a natureza das ações de improbidade administrativa pela inclusão de sanções penais no substitutivo aprovado pelo Senado Federal, sendo que, segundo a relatoria da Câmara, não seria o objetivo da proposição a caracterização de delitos penais¹³.

Finalmente, o projeto foi aprovado e sancionado pela Presidência da República em 2 de junho de 1992, convertendo-se na lei nº 8.429/92, uma resposta não penal ao problema da corrupção.

A lei de improbidade transformou-se, desde então, no principal instrumento de responsabilização civil-administrativa pela prática de atos atentatórios à Administração Pública, com um rol de penalidade deveras gravoso, equiparando-se às ações penais. Entretanto, a repressão à improbidade administrativa não foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela lei nº 8.429/1992, como já dito anteriormente.

No subcapítulo a seguir, são expostos os fundamentos constitucionais que foram regulamentados por meio da lei de improbidade administrativa.

¹⁰ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 354.

¹¹ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 404.

¹² BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 408.

¹³ BRASIL. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 09 mai. 2020, p. 500.

1.2 Previsão constitucional e a lei de improbidade administrativa

A Constituição Federal de 1988¹⁴, grande marco do processo de redemocratização no Brasil, trouxe em seu bojo o artigo 37¹⁵, que trata do funcionamento da Administração Pública e de suas disposições gerais, inovando ao incluir, em seu parágrafo quarto, a moralidade como o princípio da Administração Pública, ao tratar sobre o ato de improbidade administrativa e ao prever suas sanções e possibilidade de cumulação com a correspondente ação penal.

Assim, como dito no subcapítulo anterior, a lei 8.429/92 nasceu com o objetivo de regulamentar o dispositivo constitucional. Consoante destacado por Waldo Fazzio Júnior¹⁶:

Com o advento da Lei nº 8.429/92, diploma legal concretizador do programa explicitado no art. 37, §4º, da Constituição Federal, se tornou possível alcançar gama mais expressiva de ilicitudes cometidas por agentes públicos e terceiros, bem como a imposição de sanções mais enérgicas, no sentido de que disponibilizam alternativas dotadas de potencial intimidativo mais consistente.

Teori Albino Zavascki¹⁷ também destacou o impulso constitucional para o combate a atos de improbidade:

O ponto de referência, aqui, já não é o de *preservar* ou *recompor* o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de *punir* os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei 8.429, de 02.06.1992. (grifos originais)

Desta feita, em que pese já existir a possibilidade de ajuizamento de ação popular (lei nº 4.717/1965) e de ação civil pública (lei nº 7.347/1985) para garantir a defesa do patrimônio público e proteção dos direitos coletivos e difusos - a primeira limita-se à declaração de nulidade ou anulação do ato lesivo ao patrimônio público, enquanto a segunda tem como possíveis resultados a condenação em dinheiro (indenização pelo dano) ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - desejou-se um instrumento, bastante regado de carga moral,

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.13.

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. 295f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 91.

de caráter repressivo, capaz de penalizar pessoalmente os agentes públicos que praticassem atos de improbidade administrativa, por meio de sanções diferentes daquelas costumeiramente previstas como penalidades administrativas. A penalidade de suspensão dos direitos políticos é clara demonstração desse intuito. Conforme leciona Wallace Paiva Martins Júnior¹⁸,

[...] a adoção de um sistema composto de meios eficientes para salutar prevenção e exemplar punição dos culpados nas mais variadas instâncias é providência útil para a sacração da credibilidade da democracia e da confiança nas instituições, de forma a remodelar na sociedade brasileira um grau de respeito à coisa pública.

Inicialmente, o projeto da nova Constituição, chamado de projeto Afonso Arinos, não tratava do tema de improbidade administrativa. Após, passou-se a discutir a inserção de referida temática no bojo constitucional com o intuito de fortalecer o combate à corrupção. Houve, já naquela oportunidade, proposta do constituinte Hélio Costa no sentido de tipificar criminalmente os atos de ímprobos, cuja redação constitucional sugerida foi a seguinte¹⁹:

Os atos de improbidade administrativa são crimes inafiançáveis e importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento do Erário, na forma e redação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal correspondente.

Havia nítida confusão na redação proposta, uma vez que na sua parte final se falava “sem prejuízo da ação penal correspondente” e, no início, descrevia-se os atos ímprobos como crimes inafiançáveis. Segundo o autor de referida proposta, ela se deu com o ânimo de ser “[...] um texto que pode ser, técnica e moralmente o que o povo deseja para acabar com a corrupção em nosso País”²⁰.

Fato é que mencionada redação não prosperou, mas não antes de se debater nos trabalhos da Assembleia Constituinte sobre a “violência” da pena a ser aplicada ao agente público, se usada a redação de crime inafiançável. O constituinte Bernardo Cabral, a título exemplificativo, alegou que “[...] um ato mínimo de improbidade, qual seja, receber um presentinho para levar o processo de alguém”²¹ poderia ser tachado como crime inafiançável, acaso acatada a proposta

¹⁸ MARTINS JR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

¹⁹ BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, Ano II, n. 203, 11.03.1988, p. 8287. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf#page=>>. Acesso em: 02.jun.2020.

²⁰ BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, Ano II, n. 203, 11.03.1988, p. 8288. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf#page=>>. Acesso em: 02.jun.2020.

²¹ BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, Ano II, n. 203, 11.03.1988, p. 8288. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf#page=>>. Acesso em: 02.jun.2020.

do constituinte Hélio Costa. Os constituintes desejavam dar uma resposta à sociedade brasileira, até mesmo para demonstrar que tratavam com a devida seriedade as preocupações relacionadas à corrupção, mas, em idêntica medida, não desejavam sanções penais inafiançáveis, por exemplo, visto que eles próprios poderiam, em um futuro próximo, ser alvo de tais penalidades.

Referida discussão demonstra também a dificuldade que se teve (e persiste até hoje) ao tratar do combate à corrupção e do respeito à probidade administrativa, sobre o alcance, a tipificação e a correta aplicabilidade do instituto da improbidade administrativa.

De outra ponta, relevante destacar que a Constituição de 1988 passou a exercer um forte papel garantista quanto aos direitos dos cidadãos brasileiros. Ao mesmo tempo em que a sociedade clamava por repressão a atos ofensivos à Administração Pública, o que foi atendido pelo constituinte, o contexto de surgimento da Constituição Federal, após o período do golpe militar, a fez rígida, prolixa, analítica e altamente comprometida com a pessoa humana, a fim de garantir o cumprimento dos avanços civilizatórios e coibir a prática de abusos contra os cidadãos, especialmente no que diz respeito aos seus direitos e garantias individuais, a exemplo do devido processo legal.

No próximo subcapítulo, para maior compreensão da lei de improbidade administrativa, serão feitas considerações sobre aspectos técnicos de abrangência e aplicação da lei para, ao final, introduzir-se ao debate sobre a problemática referente aos seus tipos abertos e os danos daí oriundos sofridos pela sociedade brasileira.

1.3 Elementos constitutivos da lei de improbidade administrativa

Segundo José dos Santos Carvalho Filho²², a lei de improbidade administrativa compõe-se de cinco pontos principais, quais sejam: o sujeito passivo, o sujeito ativo, a tipologia da improbidade, as sanções e os procedimentos administrativo e judicial. Necessário se faz tecer breves explanações sobre tais aspectos a fim de tornar claro ao leitor o espectro de incidência desse diploma legal, bem como a forma que se dá o processamento.

1.3.1 Sujeito passivo

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 985.

O sujeito passivo é aquele indicado como vítima do ato ímprobo, trazendo o artigo 1º da lei os principais sujeitos passivos, que sempre serão pessoas jurídicas. Assim, para fins do diploma em questão, são considerados possíveis ofendidos pelos atos imputados os entes da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

A título exemplificativo, isto significa que, se um ato de improbidade for praticado em prejuízo de um Ministério da União, a vítima será a União. Se o ato ímprobo for praticado contra uma Secretaria de Estado, o sujeito passivo será o Estado; se for praticado contra uma Secretaria Municipal, o município será o sujeito passivo²³.

Mas não é só. De acordo com o parágrafo único do artigo 1º da lei em tela, estão também sujeitos às penalidades dela os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

1.3.2 Sujeito ativo

Quanto ao sujeito ativo, é aquele que pratica o ato ímprobo, ou mesmo aquele que concorre para a prática de tal ato ou se beneficia dele. Note-se que a lei nº 8.429/92, não obstante não se restrinja a essa categoria, dirige-se aprioristicamente aos agentes públicos, pessoas designadas para o desempenho de determinadas funções junto ao Estado, mas que não necessariamente foram formalmente investidas em cargo ou função pública, recorrendo a lei de improbidade forma bastante ampla quanto a essa categoria. Veja-se²⁴:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

²³ BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992**. 2 ed. Brasília: ESMPU, 2013, p. 23.

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 03 de junho de 1992.

Conforme pontuado anteriormente, a lei sob testilha abrange não só os agentes públicos, mas qualquer um que concorra para a prática do ato em questão. Essa é a redação do seu artigo 3º²⁵:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Registre-se que a penalização deste terceiro com base na mencionada lei somente será possível com a presença de um agente público no polo passivo da ação de improbidade administrativa. É claro a respeito Francisco Octávio de Almeida Prado²⁶:

Não há ato de improbidade administrativa sem a participação de um agente público. A figura de particulares em colaboração (induzimento ou concurso) é indissociável da figura de um agente público como autor do ato de improbidade. Inexiste a possibilidade de alcançar um não agente público sem o concomitante envolvimento de um agente público, cujo ato tenha sido por ele induzido ou cuja prática tenha contado com seu concurso.

Em síntese, a lei identifica duas possibilidades de sujeito ativo: o agente público, categoria na qual estão inclusos os agentes políticos (com exceção do Presidente da República), e terceiros que induzam, concorram ou se beneficiem de ato ímprobo. Na prática, o mais observado é o processamento judicial de agentes políticos por ofensa aos artigos 9º, 10 e/ou 11 da lei, tratados em tópico posterior deste trabalho, majoritariamente os Chefes de Poder Executivo Municipal.

1.3.3 Procedimento

O procedimento administrativo é aquele trazido nos artigos 14 a 16 da lei, traduzindo-se no conjunto de atos e procedimentos em que se busca apurar eventual prática de ato ímprobo, necessitando-se da instauração de processo administrativo.

Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente, de forma escrita ou oral (quando será reduzida a termo), devendo esta dar conhecimento ao Tribunal de

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 03 de junho de 1992.

²⁶ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade administrativa.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 71.

Contas ou ao Ministério Público da existência do procedimento. Esses poderão, a requerimento, designar representante para acompanhá-lo. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. O Ministério Público, havendo justa causa, ajuizará a respectiva ação, podendo, ainda, a Fazenda Pública promover as ações necessárias para o ressarcimento do erário.

Importante destacar que, mesmo após a sua finalização, o procedimento administrativo não tem o condão de aplicar as sanções de improbidade. Apenas com o ajuizamento da ação judicial e, uma vez finalizado o seu curso regular, é que se pode aplicar tais sanções, quando devidamente dispostas em sentença judicial. Este é o procedimento judicial, regido pelos artigos 17 e 18 da lei de improbidade administrativa.

Não obstante, importante lembrar que é amplamente admitida a decretação liminar de indisponibilidade de bens dos requeridos em ação civil de improbidade administrativa, *inaudita altera pars*, nos termos do artigo 7º e parágrafo único da lei nº 8.429/92, para garantir eventual ressarcimento ao erário, sem que haja indícios de dilapidação do patrimônio, consoante julgado²⁷ abaixo exposto:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. REQUISITOS.

1. Hipótese de deferimento liminar da medida de indisponibilidade de bens do agravante, sem sua prévia manifestação, para garantir o integral ressarcimento do suposto dano ao erário.
2. A medida cautelar de indisponibilidade de bens pode ser concedida *inaudita altera pars*, antes mesmo do recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa.
3. Constatados pelas instâncias ordinárias os fortes indícios do ato de improbidade administrativa (fumus boni iuris), é cabível a decretação de indisponibilidade de bens, independentemente da comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio ou na iminência de fazê-lo, pois o periculum in mora está implícito no comando legal (REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, Relator p/ acórdão Ministro Og Fernandes, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 19.09.2014).
4. Agravo regimental desprovido. (grifou-se).

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 671.281 BA. Agravante: José Coelho Irmao. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia.** Relator: Min. Olindo Menezes. Brasília, 03 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=671281&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

Repise-se, consoante os ensinamentos de Arnaldo Rizzardo²⁸, que referidas medidas somente se justificam se o pedido inicial for específico de ressarcimento, pois se dirigem “a assegurar bases patrimoniais sobre as quais incidirá, se for o caso, isto é, se procedente a demanda, o futuro cumprimento ou exigibilidade da condenação exarada na ação de improbidade administrativa”. No entanto, o pedido liminar de indisponibilidade de bens está contido em praticamente todas as ações civis por atos de improbidade administrativa, sendo constantemente deferido pelo Poder Judiciário, ainda que não haja indícios de dilapidação do patrimônio do processado, conforme acima demonstrado, e mais, gerando situações abusivas como a manutenção de bloqueio de bens dos réus ainda que haja o julgamento improcedente da demanda, como demonstrado quando do estudo de casos práticos nesse trabalho, no capítulo seguinte.

Este é apenas uma representação das constantes violações sofridas pelos agentes públicos processados, regularmente, sem qualquer óbice por parte da sociedade, bem como por boa parte dos operadores do direito. Frisa-se que jamais se pode considerar atendido o interesse público quando há arbitrariedade, quando há flexibilização de direitos e garantias dos indivíduos, ainda que estes tenham praticado algum ilícito.

1.3.4 Modalidades de atos ímprobos

Com relação à tipologia, a lei de improbidade administrativa²⁹ especifica três modalidades de atos ímprobos, de acordo com os danos causados à coletividade, nos seus artigos 9º, 10 e 11.

O artigo 9º³⁰ trouxe os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, ou seja, quando há obtenção de vantagem econômica pelo agente público ou por terceiro. É

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 421.

²⁹ BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 03 de junho de 1992.

³⁰ Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

importante notar que o requisito de enriquecimento do agente público não está necessariamente ligado ao prejuízo ao erário. É o caso, por exemplo, de um administrador que fraudava uma licitação em seu favor, utilizando empresa em nome de um “laranja” para que o seu estabelecimento preste os serviços em questão. Segundo entendimento consolidado pelos tribunais pátrios, ainda que o serviço seja prestado com esmero, tenha atingido os fins para os quais foram contratados, mesmo assim o administrador poderá ser responsabilizado com base no artigo em questão, pois o simples fato de ter recebido os haveres decorrentes do contrato irregularmente embasado é suficiente. Esta modalidade é a menos comum nas ações judiciais.

Já o artigo 10³¹ trouxe os atos de improbidade que causam prejuízos ao erário, ações que geram perda de recursos públicos. O artigo 10-A, acrescentado posteriormente à lei, dispõe

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

³¹ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

sobre os atos de improbidade decorrentes da concessão, manutenção ou aplicação indevida benefício financeiro ou tributário. Tal dispositivo legal, conforme será visto mais adiante, admite a modalidade culposa.

Por fim, o artigo 11³² trouxe os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, princípios estes elencados no artigo 37 da Constituição Federal, tratando-se de rol exemplificativo.

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

³² Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

Tem-se esta última hipótese legal como norma de reserva, pois traz consigo os casos, ainda que exemplificativos, retratadores da prática de ato de improbidade administrativa sem a existência de enriquecimento ilícito por parte do agente público ou mesmo danos ao erário.

Sobre referido artigo, aduz Pedro Roberto Decomain³³:

O art. 11 afirma configurar improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, registrando-se ainda no dispositivo cuidar-se de improbidade que, neste caso, atenta contra os princípios da Administração Pública.

A tônica está, pois, na circunstância de haver esse atentado a qualquer princípio norteador da Administração. Desta sorte, a ofensa aos princípios discriminados no *caput* do art. 37 da CF/88 – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – é que configura a improbidade enquadrável no art. 11.

Tocante aos valores referidos no *caput* desse artigo, quais sejam, honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, por não exaurirem o rol dos princípios constitucionais pelos quais todo agente público deve pautar seu proceder no exercício de suas funções, tem-se que configuram situações também apenas exemplificativas.

Percebe-se, nesta toada, que fez o legislador a opção por inclusão no *caput* da conduta genérica do agente, capaz de configurar a prática de ato ímprobo, trazendo nos incisos do mesmo artigo as condutas de formas mais especificadas, havendo consenso na doutrina pátria de que não se trata de um rol taxativo, trazendo apenas um rol de hipóteses que possam violar os princípios da Administração Pública.

Nem sempre há, contudo, clareza na identificação da modalidade própria a se enquadrar eventual ato ímprobo praticado por agente público, consoante aduzido por Arnaldo Rizzardo³⁴:

[...] nem sempre se torna fácil identificar a modalidade própria, já que existem casos de confusão, uma se subsumindo na outra, levando a se dar qualificação jurídica da figura mais grave.

[...] É indispensável a previsão num dos núcleos das espécies previstas. Se o agente público revela uma conduta inapropriada no entrosamento com outros funcionários, ou desconhece a técnica da atividade, submete-se a um procedimento disciplinar específico, mas não se sujeitará a uma ação civil pública de improbidade. E assim também se, por desatenção ou imperícia, desempenha erradamente as atividades, sem que importe esse proceder em dilapidação do patrimônio.

Ademais, os atos indicativos de improbidade devem enquadrar-se no tipo infracional definido na lei. Somente com o exato enquadramento nas figuras que a lei prevê se

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

³³ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 161.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 464.

opera a antijuridicidade. O ilícito se define com a descrição amoldada nos precisos termos da norma.

O artigo 11 é o mais comumente utilizado na fundamentação das ações civis por atos de improbidade administrativa, pois, por meio dele, facilmente se enquadra a conduta de um agente público como ímproba, por sua amplitude semântica. Ademais, é bastante requerida, no pedido final da ação, a sua aplicação subsidiária, acaso o órgão julgador não entenda pela aplicação dos outros dispositivos da lei – artigos 9º e 10.

Por outro lado, é o mais problemático justamente por trazer um rol exemplificativo de condutas passíveis de punição, o que o faz ser extremamente aberto. Assim, o aplicador da lei, quando mal-intencionado, pode facilmente se respaldar nesse tipo legal para obter uma condenação desejada, pois é possível enquadrar, basicamente, qualquer tipo de conduta de um administrador público e alegar, de forma genérica, violação a princípios da Administração. Tais atuações, entretanto, são desvinculadas da ética necessária para o bom julgador e para o bom acusador e, desta feita, são arbitrárias, uma vez que a atuação ética é essencial para a efetivação da justiça.

1.3.5 Hipóteses de sanção

Quanto às punições para as condutas acima citadas, estão contidas no artigo 12 e seus respectivos incisos e dispostas em ordem de gravidade decrescente. Em que pese o caráter híbrido da lei de improbidade administrativa, trata-se, como já dito neste trabalho, de ilícito civil, não havendo prisão nas penas previstas, apenas as seguintes cominações, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa: ressarcimento integral do dano, perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda de cargo, emprego ou função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou créditos.

Importante mencionar, em conformidade com os ensinamentos de Waldo Fazzio Júnior³⁵, que os atos de improbidade administrativa não constituem matéria monopolizada pelo direito administrativo, razão pela qual os preceitos da lei de improbidade administrativa envolvem conceitos de outros compartimentos do sistema jurídico, especialmente pela tutela do difuso direito à probidade administrativa e à integridade do patrimônio público econômico.

³⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.13.

Desta forma, não obstante as sanções impostas pela lei nº 8.429/92 não envolvam o encarceramento forçado do cidadão, podem configurar ônus deveras gravoso a sua esfera individual, devido ao seu caráter repressivo e punitivo. É preciso, portanto, fazer uma reflexão acerca das “travas” que deverão incidir quando de sua aplicação, visto que o fato de não se tratar de um direito restritivo de liberdade, por si só, não o torna de menor importância, pois, pela aplicação das sanções em questão, é possível decretar o fim da vida civil de um agente, além do risco de perda do patrimônio.

1.3.6 Inexistência de *bis in idem*

Outrossim, no que tange às sanções por ato de improbidade administrativa, cumpre lembrar que estas são cumuladas com eventuais sanções oriundas de outras esferas do direito, razão pela qual é salutar delimitar claramente o espectro de incidência da lei de improbidade, a fim de evitar *bis in idem*.

Isto porque cada um dos subsistemas jurídicos que serão aplicados possui fundamento imediato diverso, de modo que um agente público pode sofrer tanto uma sanção eleitoral, quanto uma sanção com base na lei de improbidade, no Código Penal ou em seu Estatuto (disciplinar), sem que isso configure um duplo apenamento pela mesma conduta, visto que um mesmo ato se desdobrará, para efeitos jurídicos, em diversos prismas analíticos, sendo que cada um desses deverá ser rigorosamente analisado sob a ótica própria que lhe rege.

Ressalva-se que o fundamento mediato de todas essas punições é a Constituição Federal, razão pela qual é condição imprescindível para a validade da sanção a sua adequação para com o arcabouço normativo-axiológico do texto constitucional.

1.3.7 Elemento subjetivo

No que tange ao elemento subjetivo da conduta, no artigo 10 (que prevê as hipóteses de danos ao erário) admite-se o dolo ou a culpa, como consta no *caput* do dispositivo, enquanto nos artigos 9º e 11 (enriquecimento ilícito e violação a princípios, respectivamente) apenas a modalidade dolosa é aceita.

Nesta toada, pode-se afirmar que grande parte dos problemas gerados pela aplicabilidade inadequada da lei de improbidade administrativa adveio justamente do seu regime híbrido: por não se tratar de aplicação do direito penal propriamente dito, possibilitou-

se elastecer a interpretação de seus tipos (o que, no processo penal, é mais difícil por ser visto com um olhar mais atento pela gravidade de suas sanções), de forma a facilitar o enquadramento das condutas praticadas pelos agentes, em especial agentes políticos, ainda que reste evidenciado o desbalanceamento na aplicabilidade da lei.

Até mesmo a desonestidade do agente, requisito considerado indispensável pela doutrina e jurisprudência para a constituição do ato ímprobo, passou a ser relativizada para o ajuizamento de ações de improbidade administrativa e condenações, o que evidencia a banalização na utilização do diploma legal aqui tratado.

Quanto à desonestidade, sabe-se que as condutas configuradoras de ato de improbidade deverão ser analisadas sob prisma dotado de alguma razoabilidade. Sobre a questão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶ aduz que:

[...] a própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

Desta maneira, todas as modalidades de improbidade administrativa, para sua caracterização, devem partir da premissa de que o ato decorreu de má-fé, de falta de probidade do agente público (culposa ou dolosa), pois a desonestidade, repisa-se, é obrigatória para constituir o ato de improbidade administrativa. Ou seja, não é qualquer ato lesivo ao interesse público que dará ensejo ao enquadramento nas hipóteses previstas na lei nº 8.429/92, mas apenas aquele ato qualificado pelo móvel espúrio do agente. Nas palavras de Waldo Fazzio Júnior³⁷,

[...] sob a luz do conjunto principiológico encartado na Constituição Federal e a demarcação de sua extensão, operada pelos dispositivos da Lei nº 8.429/92, numa aproximação conceitual, tem-se o ato de improbidade administrativa como ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico. [...]

Decorre daí que, para o reconhecimento do ato de improbidade, não é suficiente a singela ruptura com a legalidade, pura e simples, senão com a legalidade qualificada pela interação com os demais princípios constitucionais que lhe fazem companhia.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 993-994.

³⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.130.

Em apoio a esse entendimento, vale-se novamente da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸, quando ensina que:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa.

Assim, são exigidos não apenas os requisitos objetivos para enquadramento do ato na descrição legal (conduta voluntária geradora de danos ao erário, enriquecimento ilícito ou violação aos princípios da Administração Pública), mas também os requisitos subjetivos, notadamente a desonestidade.

Desde o advento da lei de improbidade administrativa, a doutrina e a jurisprudência buscam adequar as disposições legais à Carta Magna, especialmente quanto ao artigo 5º da citada lei, ao considerar ímprobos as condutas culposas dos agentes públicos, segundo o qual “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

Marcelo Figueiredo³⁹ se debruça sobre a questão de forma aprofundada:

De fato, ao deitarmos alguma reflexão sobre o dispositivo comentado, algumas apreensões nos vêm à mente. A primeira relativa à elasticidade do conceito legal de ato de improbidade administrativa. É certo que a Constituição (art. 37, §4º) determina que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei. Contudo, **a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que ‘constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa...’.** Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausente proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição.

[...] Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não é meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. Ao contrário, o agente que violar o art. 10 sofrerá as conseqüências

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 993.

³⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa – comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80-81.

do art. 12. I, severas como vimos de ver. Tal linha de raciocínio, segundo cremos, deve presidir a interpretação de toda a lei, que falha, ora por erros de redação, má técnica, ora pelo conteúdo. (grifou-se).

Diante disso, é possível afirmar que o intuito fraudatório do agente, o móvel espúrio que impele o agente, será requisito essencial para a configuração do delito em tela. Isso porque, caso o texto da lei fosse analisado em toda a sua falta de rigor descritivo, sem qualquer sensibilidade, tanto o servidor que, um dia chegando estressado à repartição, chutou uma porta, danificando-a (a rigor, ele teve um ato voluntário que causou lesão ao patrimônio público – caso o intérprete considere esse dano uma conduta de menor ofensividade patrimonial, deverá considerá-lo ofensa a princípio da Administração Pública), quanto o prefeito de um pequeno município, que desvia a totalidade do orçamento destinado à saúde, deixando a população à míngua, seriam da mesma forma enquadráveis. É notório que uma ação estava embebida em móvel espúrio e a outra não, de modo que, se o direito deve ter a melhor interpretação possível, algum esforço deve ser feito pelo intérprete no sentido de diferenciá-las juridicamente.

Desta maneira, é imprescindível a configuração da desonestidade no agir do agente público para fins de caracterização do delito de improbidade administrativa, sendo esta, portanto, a principal baliza no que tange aos aspectos subjetivos da conduta dos agentes, que é cada dia mais relativizada, a depender dos interesses em questão, bem como do que a sociedade espera como resposta para a prática de um ato que não concorda (ou realizado por alguém que não a agrada), mesmo que o ordenamento jurídico pátrio não trate citado ato como ímprobo em sua essência (ainda que possa ser considerado ilegal).

Ressalva-se, apenas para registrar, que, ainda que se falasse em uma gradação de pena no exemplo acima, mesmo assim a aplicação do diploma restaria evitada de distorção, pois a lei de improbidade impõe penas mínimas que devem ser respeitadas. Sendo assim, sob qualquer ótica, a pena seria rigorosa o suficiente para ser considerada desarrazoada. Sobre a impositividade do mínimo sancionatório, cita-se a jurisprudência pátria⁴⁰:

DIREITO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

No caso de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, as penalidades de suspensão dos

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.582.014 - CE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Raimundo Viana de Queiroz.** Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 07 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1582014+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 jan. 2020.

direitos políticos e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios não podem ser fixadas aquém do mínimo previsto no art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992. Isso porque é manifesta a ausência de previsão legal.

Desta feita, ainda trabalhando com os exemplos adrede delineados, feriria o princípio da proporcionalidade a aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo mínimo de 03 (três) anos ao servidor que danificou um bem de sua repartição.

Poder-se-ia argumentar que a inaplicabilidade da pena em questão se daria em razão da leve ofensividade do ato. Como resposta, vislumbra-se a situação de um administrador público que, por completa inaptidão ao exercício do cargo que ocupa, acaba por exercer uma péssima gestão, com resultados pífios e prejuízo aos serviços administrados. No entanto, constata-se que ele o fez sem qualquer má-fé, ou melhor, sem qualquer móvel espúrio ou interesse não republicano. Tratou-se apenas de uma tomada de decisões equivocadas.

É bem verdade que, devido ao princípio da eficiência, ao princípio da boa administração e outros, ele poderia vir a ser apenado pelos danos que sua ineficiência causar, mas não com base na lei de improbidade, visto que o fundamento desta é outro completamente diverso. O que essa lei busca coibir é a desonestidade dos agentes públicos. Os problemas de eficiência ou aptidão dos servidores devem ser tratados em âmbito hierárquico ou mesmo disciplinar. O servidor, eventualmente, poderá até mesmo ser condenado ao ressarcimento aos cofres públicos pelos danos que causar, mas o fundamento a ser invocado será outro.

E esse é o grande problema vivido hoje com a aplicabilidade da lei de improbidade: o fato de que referida lei, devido a sua amplitude textual, tornou-se a tábua de salvação para todos os males da Administração Pública. Desde a má administração involuntária até os verdadeiros saques que ocorrem contra o patrimônio da coletividade passaram a ser protegidos sob o albergue desse diploma.

Por óbvio, não se defende aqui a prática de atos ímprobos ou de atos corruptivos, mas se questiona a forma atual de enfrentamento da corrupção e os evidentes excessos cometidos. Ainda que se admita a boa intenção daquele que atua contra os agentes ímprobos, o que mais se vê é a atuação além dos limites constitucionais impostos, gerando uma problemática social sem tamanho, razão pela qual se faz necessário um ponto de inflexão sobre o modo atual de enfrentamento dos atos lesivos à Administração Pública.

Mais uma vez, não se busca minimizar os atos ímprobos eventualmente praticados. Se houve a intenção deliberada de contrariar o interesse público, ou seja, se há desonestidade na conduta do agente público, resta identificada a conduta ímproba. Entretanto, não se pode punir a mera irregularidade administrativa ou mesmo a ilegalidade por si só como se improbidade fosse, sob pena de resultar em verdadeiro engessamento da atuação administrativa e em responsabilização objetiva. Em efeitos práticos, se todas as vezes que, por exemplo, um agente público desrespeitar o princípio da legalidade, seja por ato comissivo ou omissivo, cometer um ato de improbidade, sempre que o Poder Judiciário conceder mandado de segurança, a autoridade indicada como coatora deveria responder por improbidade administrativa, o que se traduz em inobservância ao objetivo da legislação.

Waldo Fazzio Júnior⁴¹ versa sobre esta questão:

Não se pode confundir o agente atalhado, dos pecados administrativos pueris, com os patrocinadores de maranhas e tramoias, que traficam suas funções e, cavilosamente, se fartam à custa da *res publica*.

[...] não se confunda a compreensão em relação a pequenos deslizes funcionais com permissividade administrativa. Honestidade, imparcialidade e lealdade são deveres implícitos na ocupação de qualquer posição administrativa, até porque derivam em parte de atributos humanos que o senso comum homenageia. Não são meros ideais, mas autênticas imposições ditadas pela natureza do cargo, mandato, emprego ou função e pela incidência dos princípios constitucionais da administração, aos quais todos estão subordinados.

De fato, o intuito da lei de improbidade administrativa é alcançar o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado. Somente deve ser punido aquele em cuja conduta seja comprovado o dolo, instituto apropriado pela lei de improbidade do direito penal, que o define como a situação subjetiva em que o agente quer o resultado (dolo direto) ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), pressupondo-se um comportamento voluntário, não reflexo, em qualquer das hipóteses⁴².

No que tange ao dolo, vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça⁴³ tem adotado o entendimento de que apenas a configuração do dolo genérico é suficiente para a condenação em improbidade por violação a princípios da Administração Pública:

⁴¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 308-309.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 1985, p. 137.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1532378/SP. Recorrente: Uebe Rezek. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo e outros**. Relator: Min. Sergio Kukina. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. UTILIZAÇÃO DE NOME E SÍMBOLOS EM PLACAS DE INAUGURAÇÕES DE OBRAS. CARACTERIZAÇÃO DE PROMOÇÃO PESSOAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO DISPENSADA. DOLO GENÉRICO DEMONSTRADO NA ORIGEM.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face do ora recorrente, ex-prefeito do Município de Barretos, sob a alegação de que o este teria promovido publicidade pessoa irregular no ano de 1997, consubstanciado no envio de cartões de Natal, às custas do erário, bem como a inserção de símbolo pessoal em placas existentes em obras e monumentos da cidade, juntamente com as frases utilizadas durante a campanha eleitoral e respectiva gestão.

2. A ação foi julgada procedente pelo Juízo de 1º Grau, tendo o Tribunal de origem confirmado em parte a sentença, no que tange à condenação pela prática de promoção pessoal ilícita, em publicidade oficial.

3. A alegação genérica de inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, sem a indicação do dispositivo supostamente contrariado, implica deficiência de fundamentação. Incidência, por analogia, da Súmula 284/STF.

4. Para abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a esta Corte, de questões federais não debatidas, no Tribunal a quo. Caso concreto em que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor acerca dos arts. 9º, 10 e 17 da Lei 8.429/1992. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

5. Os arts. 9º e 10 da Lei 8.429/1992 sequer guardam pertinência com o caso concreto, haja vista que a parte recorrente foi condenada, por improbidade administrativa, com fundamento no art. 11, I, desse mesmo diploma legal. Assim, também incide na espécie a Súmula 284/STF, por analogia.

6. É firme o entendimento do STJ no sentido de que, "para a configuração da conduta como ímproba, tipificada pelo art. 11 da Lei 8.429/92 - violação de princípio da administração, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo, por outro lado, torna-se despcienda a demonstração de dano ao erário" (AgInt nos EAREsp 262.290/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 17/08/2016).

7. Também é pacífico nesta Corte a orientação no sentido de que "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 04/05/2011).

8. Nos termos do que dispõe o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, "A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

9. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, restou claramente demonstrado o dolo genérico decorrente da realização de atos simbolizando mero enaltecimento pessoal por parte do agente político. Tal conduta, atentatória aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da legalidade, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei 8.429/1992. Precedentes: REsp

1.182.968/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30/08/2010; REsp 695.718/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJU 12/09/2005.
10. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, não provido. (grifou-se).

Nas palavras dos penalistas Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini⁴⁴,

[...] *dolo genérico* é o requisito subjetivo geral exigido em todos os crimes dolosos (consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo). O dolo, de qualquer modo, está intimamente coligado com o conceito de tipo penal. O dolo em direito penal é sempre *dolo típico* (dolo vinculado aos dados típicos contidos na lei). *Dolo específico* é a intenção especial exigida por alguns tipos penais. Ocorre, portanto, quando o tipo penal exige, além do dolo, uma especial intenção do agente (delito de intenção especial ou delito de tendência). (grifos originais).

Diante de tal diferenciação, emprestada pelo direito penal, porquanto se entende ser a definição que mais se assemelha ao caráter da legislação ora discutida, ousa-se discordar do posicionamento adotado pelo tribunal acima citado, visto que, para alguns casos, a admissão apenas de dolo genérico na conduta de suposto agente ímprobo é possibilitar a equiparação da improbidade administrativa à ilegalidade.

Notadamente quanto ao artigo 11 da lei nº 8.429/92, faz-se necessária a demonstração da intenção do agente em violar os princípios da Administração Pública, ou seja, de agir contra a lei para atingir um fim não permitido pela lei. Neste caso, entende-se que haveria a necessidade de comprovação do dolo específico do agente, e não puramente do dolo genérico, para a caracterização do ato ímprobo.

Ante o exposto, é cediço que a desonestidade é premissa do ato ilegal e ímprobo, tornando-se essencial para eventual condenação com base na lei de improbidade administrativa a comprovação dos fatos e do agir intencional do requerido na ação judicial, pois a normativa referente aos atos ímprobos não estatui punição para a mera quebra da legalidade. Noutras palavras, ainda que o ato seja ilegal, sem este liame subjetivo do dolo, não há improbidade.

1.4 A problemática dos tipos abertos

Consoante já explicitado, a lei nº 8.429/92 qualifica a conduta de improbidade na Administração Pública, que poderá ser praticada por administradores públicos, agentes públicos ou terceiros que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de direito penal**. Parte geral. Arts. 1º a 120. Salvador: JusPodium, 2015, p. 240-241.

Busca referida lei não somente a proteção patrimonial do Estado, mas também a proteção dos seus valores morais, conforme exposto anteriormente neste trabalho. Uma prova desta afirmação é o teor do seu artigo 11, que trata dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, trazendo em seu rol de incisos situações nas quais não há caracterização de lesão patrimonial ao erário.

É premissa básica do ordenamento jurídico pátrio, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se a primeira parte do princípio da legalidade criminal e, a segunda parte, do princípio da legalidade penal.

Segundo os penalistas Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini⁴⁵ “[...] o direito penal só pode exercer sua dupla função de limitar a liberdade e criar liberdade (Jescheck) ou constituir-se na Magna carta do delinquente (von Liszt) se se sabe, prévia e precisamente, o que está proibido e o que é permitido”.

Assim, para que alguém seja responsabilizado por alguma ação ou omissão, deve tal ação ou omissão estar descrita na lei de forma prévia como hipótese autorizadora da aplicação de uma sanção, não se admitindo, como regra, conceitos genéricos ou indeterminados, em observância aos direitos fundamentais individuais e garantias constitucionais.

Demanda-se, portanto, que seja a conduta descrita em um tipo fechado, no qual não se exija um juízo de valor. E, diante da unicidade do *jus puniendi* estatal, tal regramento deve ser estendido para toda e qualquer espécie de punição, inclusive àquelas decorrentes da lei de improbidade administrativa. Neste ponto, é importante referenciar a teoria de Hans Kelsen, a fim de contrapor a visão ora trazida àquela outrora consagrada⁴⁶:

[...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicando é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo.

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de direito penal**. Parte geral. Arts. 1º a 120. Salvador: JusPodium, 2015, p. 65.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 393-394.

daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada.

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.

Sendo assim, destaca-se que, se, em determinado momento da dogmática jurídica, o ato do julgador foi considerado um ato político, de modo que a esse era garantida ampla liberdade na escolha dentre as possibilidades existentes dentro de um “quadro normativo”, o atual arcabouço teórico, desenvolvido na experiência pátria sob a égide da Constituição da República de 1988, reclama uma ponderação ótima entre os valores constitucionais incidentes, de modo que a solução jurídica a ser adotada será única, aquela que melhor atenda às determinações do texto maior.

No caso da lei de improbidade administrativa, a descrição genérica de condutas ali contidas, que, por sua abrangência, pode alcançar uma infinidade de atos, em especial no seu artigo 11, acaba por dar ensejo ao enquadramento de diversos verbos sob aquele suporte normativo, cabendo ao juiz fechar o tipo com sua valoração do que entende ser grave⁴⁷. Entretanto, o tipo aberto do referido verbete legal gera insegurança jurídica, especialmente aos agentes políticos, que ficam à mercê da vontade do intérprete da lei, e possibilitam tanto o ajuizamento de ações por ato de improbidade administrativa injustificadas, comportamento afastado da ética e dos valores consagrados na Carta Magna, quanto condenações indevidas, às vezes pautadas por interesses políticos e econômicos, bem como para atender determinados anseios populares punitivistas, o que, de certo, não coaduna com as garantias constitucionais, por falha legislativa.

A segurança jurídica, nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, deve ser o objetivo de todo o direito, não pode consistir na mera satisfação de exigências formais.⁴⁸

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de direito penal**. Parte geral. Arts. 1º a 120. Salvador: JusPodium, 2015, p. 208.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral.11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

Com efeito, a segurança jurídica, dado o desenvolvimento histórico do que veio a se conceituar como “Estado de direito”, passa a fazer parte desse como um de seus elementos. É como leciona Rafael Valim⁴⁹:

Com efeito, delimitemos o conteúdo do Estado de Direito construído pela Constituição Federal de 1988, ou, em outros termos, assinalemos os traços que permitem identificar nosso conceito de Estado de Direito. Não é difícil antever que o princípio da segurança jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual tem-se em Estado meramente jurídico, orientado tão-só por considerações de oportunidade.

Concorrem para a conformação do Estado de Direito brasileiro os seguintes traços: a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), a soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF), a separação de funções estatais (art. 2º da CF), o princípio da igualdade (art. 5º, caput, e I da CF), o princípio da legalidade (arts. 5º, I e 37, caput, da CF), o sistema de direito fundamentais dotado de petrealidade, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF) e, finalmente o princípio da segurança jurídica [...]

Importante finalmente considerar – retomando a classificação material e formal do conceito de Estado de Direito – que o princípio da segurança jurídica integra o plexo de garantias dos direitos fundamentais, é dizer, a segurança jurídica está entre os elementos formais do conceito de Estado de Direito, os quais, como já dito, são preordenados a assegurar a plena realização dos elementos materiais do conceito. Além disso, há uma notória fundamentação recíproca entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição necessária daquele.

Uma vez que a lei de improbidade administrativa fora concebida para dar efetividade ao artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, deveria permitir que todos os agentes públicos soubessem, em primeiro lugar, qual é o ato tido como ímprobo, para após terem ciência dos seus tipos legais e das consequentes sanções.

No entanto, conforme já esposado no presente estudo, um dos principais argumentos contidos na exposição de motivos da lei de improbidade era o anseio social de encerrar a prática e a impunidade de atos de corrupção. Há quem defenda que isto teria ocasionado o caráter aberto de suas tipificações, mas, de toda sorte, as palavras utilizadas no texto constitucional não são desprovidas de significados. Como explicitado por Ricardo Marcondes Martins⁵⁰,

As palavras utilizadas no texto constitucional, sendo signos, não são desprovidas de significado, não são formas ocas, um “X” ou um “Y” ao qual o legislador é livre para atribuir qualquer conteúdo. Pelo contrário: a utilização de uma palavra no texto constitucional importa na constitucionalização do seu significado ou ao menos do

⁴⁹ VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, p. 28.

⁵⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010.

núcleo essencial deste. Improbidade vem do substantivo latino *improbitas*, *tatis*, que significa “má qualidade”, “maldade”, “perversidade”. Daí o conceito jurídico: improbidade é uma imoralidade qualificada pela desonestidade do agente.

O legislador pretendeu na Lei nº 8.429/92 esvaziar a força normativa desse importante conceito jurídico por meio da banalização. O texto literal abarca na tipificação das condutas ímprobadas condutas meramente culposas e, pasmem, todas as condutas atentatórias aos princípios da administração pública. Com efeito: pelo texto dos arts. 9º, 10 e 11 configuram ato de improbidade os atos dos agentes públicos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário e que atentem contra os princípios da Administração Pública. É evidente a tentativa de banalização da improbidade: ao pé da letra todo ato administrativo inválido importaria numa improbidade; todo ato danoso meramente culposo, ainda que resultante de culpa leve, importaria numa improbidade. Se a banalização de um conceito no plano abstrato é imoral, a aplicação dessa banalização no plano concreto é mais imoral ainda. Sem embargo, não há por que a pretendida banalização surtir efeitos: é de obviedade ululante que só condutas desonestas — e a desonestidade pressupõe dolo, má-fé do agente — admitem a qualificação de ímprobadas. A desonestidade faz parte do núcleo essencial do signo improbidade inscrito no inciso V do art. 15 e no §4º do art. 37, ambos da CF/88. A Lei nº 8.429/92 exige, nesses termos, uma interpretação conforme a Constituição.

Ainda sobre o tema, colaciona-se ementa de voto de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, referente a processo de extradição – EXT. 633⁵¹, *in verbis*:

EXTRADIÇÃO - REPÚBLICA POPULAR DA CHINA - CRIME DE ESTELIONATO PUNÍVEL COM A PENA DE MORTE - TIPIFICAÇÃO PENAL PRECÁRIA E INSUFICIENTE QUE INVIABILIZA O EXAME DO REQUISITO CONCERNENTE À DUPLA INCRIMINAÇÃO - PEDIDO INDEFERIDO. PROCESSO EXTRADICIONAL E FUNÇÃO DE GARANTIA DO TIPO PENAL. - O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem a essa exigência de objetividade - além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal - qualificam-se como expressão de um discurso normativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos. O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas. A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em consequência, o acolhimento do pedido extradicional [...]. (grifou-se).

Em que pese a ementa acima transcrita focar o aspecto penal, pode ser facilmente aplicada à lei de improbidade administrativa, que não estabeleceu com clareza as condutas tidas

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n. 633/CH. Requerente: Governo da República Popular da China. Extradito: Qian Hong.** Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de abril de 2001. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+633%2ENUM%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+633%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinurl.com/cxygx4u> >. Acesso em: 18 jan. 2020.

como ímprobos. E este é um problema enfrentado na atualidade, os tipos abertos contidos na lei de improbidade administrativa são a porta do arbítrio e viabilizam a má aplicação da lei ao facilitarem a distribuição de ações judiciais pela prática de meras ilegalidades, sem que haja desonestidade na conduta do agente processado, mas somente mera inabilidade, além da imposição de penalidades desarrazoadas, sem a correta e adequada gradação da pena, muitas vezes para satisfazer o desejo punitivista da sociedade.

Os tipos abertos deveriam impor uma maior prudência ao intérprete da lei, pois não se pode deixar de lado a necessária distinção entre ilegalidade e improbidade. Repisa-se, esta não é a vontade da lei, visto que busca somente punir aquele que visa desonrar ou lesar o erário de forma consciente e efetiva.

Cumpra salientar que não se defende a vedação da subjetividade por parte do intérprete da lei, pois em alguns casos não há como fugir de tal fato, mas apenas destacar a importância quanto ao respeito das garantias constitucionais e da segurança jurídica, visto que situação diversa é inaceitável em um Estado de direito e produz reflexos danosos no seio social. Nas palavras de Humberto Ávila, “[...] se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função” para concluir que “o Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito”⁵².

Necessário, neste ponto, tecer algumas considerações sobre o princípio da segurança jurídica, o qual possui difícil conceituação pela grande quantidade de significados que pode ter a expressão “segurança jurídica”. Entende-se, em consonância com o disposto por Rafael Valim⁵³, como a segurança do direito, funcionando como um mecanismo autocorretor do Estado de direito. Continua, ainda, mencionado autor afirmando a essencialidade do princípio ora em comento, pois “[...] diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas”.

O ordenamento jurídico, portanto, tem a função de vetor de orientação de condutas humanas, podendo-se aferir dele o que se é ou não permitido fazer, trazendo a previsibilidade que acaba por condicionar a ação humana. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴,

⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 221.

⁵³ VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, p. 41.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 127.

[...] o Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. [...] as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Assim, o princípio da segurança jurídica é justamente aquele responsável por trazer a certeza e a estabilidade ao ordenamento jurídico, atuando em complementação ao princípio da legalidade.

Neste ponto, interessante lembrar o disposto no artigo 19 da lei nº 8.429/92, que enquadra como delituosa a representação por ato de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Consoante mencionado por Arnaldo Rizzardo⁵⁵, para a tipificação criminal acima exposta,

[...] deve o promovente estar ciente da inocência do agente, e isto por vários motivos, como a inexistência do fato, a sua prática por outra pessoa, o amparo legal da conduta considerada como de improbidade, a conclusão das investigações em favor do agente. Se não obteve pleno conhecimento da inocência, falta o elemento caracterizador da figura, ou seja, o dolo, que se ostenta como a plena consciência de ser a pessoa acusada inocente.

Referido artigo reverbera a intenção do legislador ao criar a lei de improbidade administrativa, a punição do mais elevado ilícito administrativo praticado com desonestidade e reprimir a ofensa à moralidade pública. Ao mesmo tempo, pode-se auferir da leitura do citado dispositivo o intento de se evitar o uso da lei de improbidade para ajuizamento de ações que visem à apuração de meras irregularidades administrativas ou mesmo de ilegalidades, bem como para coibir o seu uso indiscriminado, o que, aparentemente, não foi concretizado.

No próximo capítulo, serão tratadas as imprecisões observadas quando analisada a aplicação da lei de improbidade administrativa no direito brasileiro. Para isto, primeiramente, serão retratados, de forma breve, o contexto histórico no Brasil relativo ao (mau) trato da coisa pública pelos particulares e a conjuntura de descontentamento social com os agentes políticos. Após, por meio da análise de casos práticos, será demonstrado o mau uso da lei de improbidade administrativa, possibilitada, dentre outros fatores, por sua textura excessivamente aberta, como

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 564.

defendido neste subcapítulo, e a consequente violação dos preceitos constitucionais, com o afastamento da realização de justiça e de preceitos éticos.

2 DISFUNÇÕES NO USO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Contexto atual: pressões sociomidiáticas e o punitivismo

Antes de investigar disfunções encontradas no trato e no uso da ação de improbidade administrativa, potencializadas por pressões sociomidiáticas, embora não seja o objetivo principal do presente trabalho, é importante fazer um breve aparte histórico para, ainda que brevemente, analisar a relação dos gestores e a coisa pública, tradicionalmente, no Brasil.

2.1.1 Aparte histórico

A sociedade brasileira, historicamente, nutre certo sentimento de insatisfação para com os políticos e gestores públicos, o que pode ser explicado pela prestação nem sempre eficiente de serviços públicos e o constante bombardeamento da opinião pública por casos de corrupção e desmando no uso da coisa pública.

Esse fenômeno sempre foi observado, desde as mais germinais críticas aos administradores, do Brasil Colônia à República pós 1988, variando de acordo com o grau de satisfação em relação a outros fatores, tais como economia e desenvolvimento social.

Neste ponto, lembra-se que a presente pesquisa parte da ideia da existência de um efeito colateral decorrente desse sentimento de indignação, e não propriamente de um fenômeno novo como causa (o que seria a corrupção).

Por essa razão, consignam-se neste subcapítulo alguns exemplos sobre a corrupção na sociedade brasileira nos primórdios, com a ressalva inicial, desde já, de que não se trata de elucubração no sentido de ser o brasileiro um povo mais corrupto que os demais, tônica comum nos analistas, evitando-se qualquer viés depreciativo ou generalizador em relação à postura do povo como um todo.

Desse modo, destaca-se, inicialmente, que desde o Brasil Colônia, dadas as suas peculiaridades, existiu forte a confusão entre o público e o privado no estamento nacional, com a ideia de que a atividade estatal deveria ser algo proveitoso ao seu “explorador”, que buscava riquezas e regalias no seu desenvolvimento. Neste sentido, cita-se a doutrina:

Quando o Brasil foi descoberto, em 1500, o raciocínio utilizado pela Coroa portuguesa foi muito parecido. O Brasil constituía um negócio a ser explorado, como as Índias e, conseqüentemente, deveria ser tratado como tal. O país não era um território onde a

população criasse uma nova ação, para onde transplantasse sua cultura ancestral, seus hábitos, sua língua e suas tradições: era, simplesmente, um enclave comercial, dotado de presumíveis riquezas naturais, que deveriam ser carregadas para a metrópole portuguesa com a maior expediência possível.

[...]

As capitanias hereditárias nasceram porque, com o tempo, ficou evidenciado que a simples extração de pau-brasil por parte de prepostos da Coroa portuguesa não era capaz de substituir as riquezas das Índias, que Portugal havia praticamente perdido desde que ingleses e holandeses haviam passado a dizimar seus postos comerciais, pilhar seus navios e estabelecer-se comercialmente nos mesmos territórios do Oriente. Com a divisão em capitanias hereditárias, o território brasileiro foi distribuído pelo rei de Portugal entre cortesãos e ex-combatentes das Índias, as quais Sua Majestade atribuiu poder quase que ilimitado e nenhuma obrigação em relação à construção de uma nova nação, muito pelo contrário. Esperava-se, tão-somente, que os donatários agissem diligentemente para extrair do Brasil e enviar para a metrópole o máximo de riquezas possível⁵⁶.

Observa-se, assim, que o início da experiência estatal brasileira já foi marcado por uma concepção de limites turvos entre o patrimônio público e o privado, na qual o lote da propriedade nacional designado a um administrador não era mais do que uma doação que deveria ser explorada em sua magnitude sem qualquer contrapartida ou investimento. Em suma: o público era um presente ao privado, o qual possuía amplas prerrogativas para dele usar, gozar e dispor.

O Brasil foi assim tratado nos seus trezentos primeiros anos, até que houve a transferência forçada na família real portuguesa, em fuga de Napoleão Bonaparte, o que, apesar de representar um incremento no desenvolvimento nacional, no sentido de transposição de recursos e aparato burocrático, não parece ter mudado a percepção da necessária distinção entre os recursos da coletividade e os do exercente do poder:

A categoria básica para o sucesso, o prestígio e a fortuna dos membros do estamento era, em Portugal no século XV (como aliás continuou a ser no Brasil), a proximidade do poder e a intimidade com “soberanos” e “cortesãos”.

Esses traços se aprofundaram com a vinda da corte portuguesa para o Brasil em 1808. As regalias atribuídas a milhares de portugueses que acompanharam D. João VI na transladação do Reino, as casas expropriadas para o uso dos fidalgos (que eles não raro alugavam para terceiros e até para o próprio dono...) as mesadas, as “rações”, concedidas aos nobres e seus serviçais e o desperdício da corte e de seus apaniguados são lendários⁵⁷.

⁵⁶ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. **O Brasil não é para amadores: estado, governo e burocracia na terra do jeitinho**. Curitiba: IBQR-PR, 2000, p. 29-30.

⁵⁷ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. **O Brasil não é para amadores: estado, governo e burocracia na terra do jeitinho**. Curitiba: IBQR-PR, 2000, p. 27-28.

Como se vê, houve um alargamento do estamento, mas não uma sofisticação no trato da coisa pública. Pelo contrário, o que se observou foi agora um conjunto de pessoas que tinham o Estado como sua fonte de sustento, sem qualquer prestação de serviços ou empenho no desenvolvimento de um projeto.

Essa postura parasitária, todavia, não foi capaz de indignar a população espoliada em seu patrimônio. O que se viu, em verdade, foi uma admiração do povo para com aqueles que se comportavam como herdeiros naturais das riquezas brasileiras. Assim, não só buscavam os brasileiros se aproximar da corte, como compravam títulos e se submetiam às chamadas cerimônias de beija-mão, na qual prestavam reverências ao Rei, após as quais poderiam solicitar algum benefício⁵⁸.

Assim, observa-se que o caldo sociocultural do surgimento estatal no Brasil envolveu uma percepção totalmente privatista da coisa pública, o que se acomodava na sociedade em profunda medida, uma vez que não havia indignação para com as posturas dos cortesãos portugueses.

Doutra ponta, a sociedade brasileira, a partir da Colônia, desenvolveu-se em âmbito rural, onde o chefe da família se comportava ao mesmo tempo como pai e déspota daqueles que viviam em suas terras. Assim, a administração do espaço comum era feita à imagem e semelhança de um senhor, que não se prestava a administrar algo da coletividade, mas sua propriedade privada. Essa administração envolvia muitas vezes a força, à margem do aparelho estatal, num sistema de poder próprio:

O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio da autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família⁵⁹.

Com a urbanização a proclamação da República, esse sentimento de avanço da família e do privado sobre os espaços públicos não foi freado. Observou-se, em verdade, uma

⁵⁸ GOMES, Laurentino. **1808 – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

⁵⁹ DE HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 96-97.

reformulação do poder originário: com o fortalecimento do Estado, esses senhores ou seus descendentes passaram a buscar (e ocupar) postos na Administração Pública, sem mudar, todavia, a mentalidade anterior. Assim, em vez do exercício do mister público desenvolver um sentimento publicista, o que se viu foram tentativas de privatização do espaço público, o chamado patrimonialismo:

No Brasil, onde imperou, desde os tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje.

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos⁶⁰.

Essa concepção inicial, nascente em duas frentes (estamento português e origem rural patriarcal), obviamente, não é a única causa da corrupção no Brasil, mas explica o obstáculo da diferenciação entre público e privado na mente de uma categoria de pessoas, acentuada pela enorme desigualdade social. Essa dificuldade de secção leva a distorções no uso da coisa pública, as quais, não poucas vezes, desaguam na corrupção.

Não obstante, a fim de evitar reducionismos, é importante destacar que a corrupção não é algo inerente e exclusivo do Estado, razão pela qual vale lembrar que as más práticas tanto podem ser realizadas por agentes estatais quanto por agentes privados que fustigam a coisa pública. Assim, nos termos dos ensinamentos trazidos por Jessé Souza⁶¹, rechaça-se a visão de que haveria um mercado puro e virtuoso em oposição a um Estado corrupto. O que existe, em verdade, são pessoas, em ambos os campos de atuação, com origens históricas semelhantes e condicionamentos análogos.

Deste modo, essa visão de avanço do privado sobre o público tanto pode ser operada pelo agente que se instalou na máquina estatal quanto do mercado que busca o Estado como agente solucionador de suas necessidades. Não por coincidência, os maiores casos de corrupção vistos ultimamente na sociedade brasileira foram protagonizados por empresas privadas,

⁶⁰ DE HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 175.

⁶¹ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava-jato**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

dotadas de alto poder econômico, que buscaram se locupletar dos recursos públicos como seu financiador generoso e perpétuo.

2.1.2 As tentativas institucionais de separação entre público e privado

Em que pese o histórico acima descrito, diversas foram as tentativas legislativas realizadas no intuito de fortalecimento de uma burocracia estatal isenta e imune às investidas não republicanas.

Assim, notadamente inspirados em Max Weber⁶², os gestores pátrios buscaram o estabelecimento de uma burocracia racional, baseada na impessoalidade e no funcionamento da máquina pública independentemente de quem ocupasse o poder, em clara oposição às formas de dominação carismática (fundada num líder carismático) e tradicional (baseada em relações de compadrio) praticadas até então (em especial essa última).

Não obstante tenha se apresentado como medida salutar, esse fenômeno pode ter acarretado, quando mal utilizado, algumas distorções na aplicação do direito, naquilo que podemos chamar de hipernormatização: o excesso de regras e diretrizes, o qual leva a um desconhecimento da sociedade acerca delas ou, quando pior, pelo descumprimento consciente, diante da sensação de que é impossível cumpri-las integralmente.

Neste sentido, cita-se Héctor A. Mairal ao tecer considerações sobre o sistema argentino, semelhante ao brasileiro nesse aspecto:

Este exagero normativo se agrava em nosso país pela falta de unidade no comportamento dos diferentes órgãos da administração. Em princípios de 2005, o Banco Central iniciou processos contra exportadores que seguiram condutas consideradas válidas em seu momento pelo Ministério da Economia, mas nunca aceitas por aquele. Em outro caso, chegou-se ao absurdo de ver o Banco Central processando empresas por terem violado prazos fixados pela autoridade de aplicação (...) de uma norma reputada inválida pelo próprio Banco Central.

[...]

O resultado é que, exceto as grandes empresas (e às vezes sem essa exceção), os particulares levam a cabo suas atividades desconhecendo grande parte das normas que devem atacar. Ficam sabendo de sua existência quando são punidos por sua violação, momento em que avaliam se lhes convém corrigir sua conduta para o futuro, ou se tal correção implica um custo tal que lhes impediria continuar com suas atividades e,

⁶² WEBER, Max. **Ensaios de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, passim.

portanto, persistem na violação, tentando ganhar o favoritismo do funcionário que os controla⁶³.

A sensação de incerteza entre saber o que é ou não proibido leva a uma tolerância para com o descumprimento, visto como um “mal menor”, e o descumpridor como alguém digno de solidariedade, vez que qualquer um poderia ter cometido o mesmo erro, pois todos desconhecem o teor normativo.

Esse sentimento parece ter afetado, em certa medida, parcela significativa da sociedade brasileira, marcada pela tolerância em relação à corrupção praticada por agentes políticos (cujos perfis, em sua maioria, até hoje, são de homens, brancos e pertencentes a classes sociais mais favorecidas), mas de grave repulsa aos atos de criminalidade cometidos pelas camadas mais pobres da população.

Todo esse caldo histórico gerou distorções como, a título de exemplo, a obtenção de favores junto a integrantes da máquina weberiana sem que isso fosse visto, em essência, como um desvio de conduta. Práticas como nepotismo ou clientelismo sempre foram, assim, muito bem aceitas dentro da psiquê da sociedade brasileira, o que, não obstante, também gerava um sentimento de indignação (ambivalente, muitas vezes) pela parte não favorecida.

Assim, o fenômeno observado foi uma tentativa de tornar a atividade pública impessoal a partir de uma atividade legiferante, a qual, reconhece-se, obteve grandes méritos, mas se viu sempre a encontrar óbice em práticas não republicanas ainda hoje comuns, apesar de dignas de rechaço.

2.1.3 O papel da mídia

Conforme foi exposto acima, o Estado brasileiro é fruto de um desenvolvimento histórico que partiu da gestão de uma coisa privada à constituição de um aparato burocrático e impessoal. Não obstante, é preciso notar que, embora tenha alcançado significativos avanços, esse estamento não foi suficiente para traçar uma linha clara e peremptória entre o público e o privado, o que, ao final e ao cabo, traçaria uma separação entre o que é permitido e o que é proibido em relação ao patrimônio da coletividade.

⁶³ MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 55-56.

Trata-se de um processo histórico, o qual, como tal, está sujeito a avanços e retrocessos, bem como a uma marcha diferente daquela esperada por alguns setores. Neste sentido, é notável o papel da mídia como força difusora e propagadora de um verdadeiro ideário no sentimento nacional, motivo pelo qual, no presente trabalho, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o tema, ressaltando-se, todavia, que este não é o cerne da pesquisa, o que justifica a sua abordagem concisa.

Capaz de influenciar fortemente a opinião pública e, por este motivo, são objetos constantes de estudos, os veículos de comunicação acabam desempenhando importante papel no desenvolvimento da democracia. Desta maneira, tanto pode a mídia atuar no legítimo controle social das políticas públicas e do uso da coisa pública, quanto, quando indevidamente utilizada, pode gerar sentimentos distorcidos no seio social.

Em suma, uma imprensa livre e representantes que as respeitem são pressupostos de um Estado democrático. No entanto, o mau uso da mídia pode levar a sérios golpes nesse mesmo Estado que cumpre a ela fomentar e defender.

Com efeito, é notório no cenário brasileiro que, nos últimos anos, operou-se uma forte campanha midiática contrária ao mau uso da coisa pública, o que, conforme dito acima, é salutar e necessário para o bom funcionamento e a prestação de contas por parte dos administradores.

Todavia, nem sempre esse mister se deu dentro dos parâmetros ideais: a transformação da informação em entretenimento e a tentativa de “novelização” dos acontecimentos entregou à população uma cobertura recheada de sentimentos e mensagens descoladas do espírito institucional buscado pelas alterações legislativas operadas no intuito de proteção da coisa pública.

Em outras palavras, o uso excessivo e em linguagem pouco clara (quicá sensacionalista) para a maioria da população pode ter levado a um paradoxo quanto àquilo que se buscava proteger: a mídia livre, bastião do Estado de direito e das instituições, pode ter gerado um sentimento de repulsa em relação a essas mesmas instituições.

Nesses termos, a corrupção, aqui encarada no seu conceito mais amplo, inspirado na ciência política e na sociologia, de mau uso da função pública com vistas na obtenção de vantagem particular⁶⁴, idêntico a comportamentos descritos na lei de improbidade administrativa, “[...] atingiu um estágio de tensão institucional no Brasil, refletido no constante

⁶⁴ BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992**. 2 ed. Brasília: ESMPU, 2013, p. 18.

confronto entre a insatisfação da opinião pública e o comportamento oficial”, de maneira que “já não há mais, como no passado, tolerância com o proveito pessoal do governante em face do bem público”.⁶⁵

Sob um primeiro olhar, esse pode ser visto como um sentimento positivo, uma reação social àquele resquício de patrimonialismo que se buscava há anos afastar. No entanto, a falta de clareza na mensagem pode ter gerado um sentimento de que, dada a inaptidão do sistema para tratar seus próprios problemas, a solução deveria estar fora dele. Em suma, uma negação da política, resultando em um forte desejo punitivista para com aqueles que acusados de mau uso da coisa pública.

Com efeito, a indignação em relação à classe política é, na atualidade, bastante presente no homem médio brasileiro, convicto de que “todo político é ladrão” e merecedores de punição à altura e a qualquer custo. Isto refletiu em vários aspectos, podendo-se mencionar, como exemplo, a enorme abstenção nas votações eleitorais, destacando-se a do ano de 2018, noticiada por diversos veículos da mídia nacional. Segundo informações obtidas junto ao Tribunal Superior Eleitoral⁶⁶,

[...] do universo de 147.306.275 eleitores aptos a votar no segundo turno, 115.933.451 compareceram à votação, número equivalente a 78,70% do total.

No primeiro turno do pleito, o comparecimento foi de 117.364.560 (79,67%). Entre o primeiro e segundo turnos, registrou-se uma redução de 1.431.109 no comparecimento dos eleitores, queda de 0,97 ponto percentual.

A abstenção geral alcançou, no primeiro e no segundo turno da eleição de 2018, mais de 20% do total de eleitores. Cogita-se que esta abstenção seja oriunda da falta de identificação do eleitorado com os candidatos aos cargos políticos e também com os partidos políticos, o que afastaria o engajamento social. Sobre o decréscimo da participação popular e a sua relação com os partidos políticos, Homero de Oliveira Costa, após analisar estudo sobre os partidos de Otto Kircheimeir, destaca que:

[...] o grau de complexidade e fragmentação da sociedade leva os partidos a se burocratarem e abandonarem suas posições de classe (característica do período inicial) para formularem propostas difusas, em nome de “todo o povo”, cujo objetivo

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 87.

⁶⁶ JM/RR, DM. Eleições 2018: Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno. **Tribunal Superior Eleitoral**. Brasília, 30 out. 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

é unicamente a conquista do poder. Assim considerando, os sistemas partidários perdem credibilidade à medida que não proporcionam espaços institucionais nos quais as demandas possam ser processadas, via partidos políticos⁶⁷.

Não se discorda do fato de que a falta de identificação com os políticos e com as respectivas agremiações é bastante responsável pelo afastamento do eleitorado, mas se deve somar a isso a crescente demonização da classe política, que ganhou corpo, como dito acima, com os escândalos veiculados pela mídia nacional sobre corrupção (muitas vezes sem a devida averiguação do caso concreto) aliados ao desconhecimento da população, em um cenário de crise econômica e descontentamento generalizado. O somatório disso resultou, para a sociedade, em um sentimento de desconfiança.

No último pleito eleitoral, ocorrido no ano de 2020, nos dias 15 de novembro (primeiro turno) e 29 de novembro (segundo turno), para a eleição de prefeitos municipais e vereadores, a abstenção foi ainda maior. Há um fator externo relevante a ser considerado, a pandemia da covid-19, entretanto, são espantosos os índices de abstenção divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral, porquanto, em alguns locais, como no município de São Paulo, representam número maior do que a quantidade de votos obtidos pelo candidato eleito pela população⁶⁸.

Pertinente, inclusive, salientar que este panorama de “vácuo político” possibilitou o surgimento de figuras controversas, geralmente vinculados a forças do capital e a ideais de inspiração autoritária, apresentados por si mesmos como “não políticos”, numa estratégia para atrair o eleitorado imerso nesse contexto de desprestígio da classe política, propenso a uma narrativa antidemocrática. Nesta esteira, é possível afirmar que o contexto midiático insuflou um sentimento de repulsa na população em oposição ao sistema institucional, o que, por si só, pode ser considerado um problema, mas que é mais adequado seja tratado pelas ciências sociais.

Com efeito, a problemática do presente trabalho se refere às consequências decorrentes da má aplicabilidade da lei de improbidade administrativa. A postura da grande mídia, acima explicitada, tem grande influência nesse fenômeno jurídico. Segundo Niklas Luhman⁶⁹, os sistemas sociais possuem códigos próprios, sendo cognitivamente abertos e operativamente fechados, o que significa que, não obstante recebam mensagens daquilo que lhe é externo (o

⁶⁷ COSTA, Homero de Oliveira. **Democracia e representação política no Brasil: uma análise das eleições presidenciais (1989-2002)**. 2006. 244f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, p. 41.

⁶⁸ **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62.

ambiente), essa mensagem deve ser operada segundo seu código próprio. É nesses termos que a mídia possui a sua valência ao passo que o direito possui outra. O sistema jurídico opera segundo o código binário válido/inválido; a sua operação segundo códigos de outros sistemas pode gerar graves distorções. Em outras palavras, a mediação do direito pode se apresentar como um risco não apenas para os agentes públicos, mas para o próprio direito, que passa a conviver a possibilidade de uma colonização indesejada.

Não obstante essas ressalvas, e ainda que não seja o objeto principal deste trabalho, como anteriormente mencionado, é relevante mencionar o papel dos meios de comunicação no presente contexto pela interferência do sistema da mídia no sistema jurídico, a ponto de subverter-lhe o código de operação. Nessa toada, observam-se momentos em que as instituições passaram a não mais julgar o que é válido ou inválido perante o direito, mas a sofrer a influência daquilo que seria considerado “bom” ou “ruim” segundo o código midiático.

Essa é uma hipótese passível de confirmação no mundo dos fatos. Por ora, registre-se que, por vezes, é possível verificar tão forte a afetação dos atuantes na promoção e no julgamento das ações de improbidade administrativa pelo clamor social, que não conseguem agir de forma contrária à opinião pública, culminando em um desvirtuamento da ordem jurídica. Esta também é uma problemática relacionada à dimensão humana, pois é comum a busca do indivíduo por uma vida de honra e espetáculo e relações de adulação. Aristóteles tratou sobre o desejo da honra em sua obra *Ética a Nicômaco*, no capítulo sobre amizade, aduzindo o seguinte:

A maioria dos homens, levados pelo desejo da honra, parece desejar ser amada ao invés de amar (por isso geralmente os homens são bajuladores, pois o bajulador é um amigo em estado de inferioridade, ou que faz o menos possível para ser tal, e simula amar mais do que ser amado); ora, ser amado e ser honrado são, parece, noções muito próximas, e ao que a maioria dos homens aspira é ser amado.

Mas parece que a maioria das pessoas não escolhe a honra em si, mas somente por acidente. De fato, na maior parte do tempo ela se compraz em receber notas de distinção dos homens que ocupam posição de autoridade, em razão das esperanças que esses fazem nascer (pois pensam que se precisarem de algo, elas obterão junto a eles, e, portanto, se regozijam com a honra como um sinal de um benefício futuro).⁷⁰

Por consequência, o desejo de ser amado pela maioria sobrepõe-se, ainda que involuntariamente, aos ditames constitucionais, gerando situações comprometedoras do Estado democrático de direito, onde o enfrentamento a possíveis agentes corruptores passa a ser salvo-

⁷⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 222.

conduto para atuações jurídicas desastrosas. Essa é uma possível justificativa, dentre outras, da interferência da mídia nas instituições e o consequente solapamento dos anseios jurídicos.

A princípio, a forma como a mídia trata a informação e como isso pode influenciar na opinião pública é um problema que merece ser investigado pela sociologia. Todavia, a aplicação de diplomas jurídicos influenciados pelo contexto sociocultural apontado é um problema que merece a atenção da filosofia do direito, o que será abordado, neste trabalho, pela investigação do (mau) uso da lei de improbidade administrativa, hipótese testada por meio da investigação de casos concretos. É o que se analisa a seguir.

2.2 Plano pragmático: análise de casos concretos

Conforme dito acima, o presente trabalho se propõe a analisar possíveis disfunções na aplicabilidade da lei de improbidade administrativa. A fim de não quedar na formulação de juízos meramente teóricos, analisam-se abaixo algumas situações ocorridas no plano da pragmática brasileira, por meio das quais é possível identificar algum grau de distorção na aplicação da legislação pátria.

2.2.1 Caso 1: decisão administrativa baseada em parecer técnico

A primeira situação narrada se trata de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de agentes públicos municipais (ex-Secretário do Município de São Paulo e de ex-Diretores do Departamento de Limpeza Urbana) e de empresas contratadas para a limpeza de vias e logradouros públicos, bem como para coleta e transporte de resíduos domiciliares, em razão de supostas irregularidades decorrentes da execução do contrato administrativo firmado, dentre elas aditamentos contratuais irregulares⁷¹.

Houve condenação em primeira instância e em segunda instância por danos ao erário, em que pese a comprovação, no curso processual, de que os aditamentos contratuais realizados foram firmados após consulta realizada pelos agentes públicos ao Tribunal de Contas do

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 827.445/SP. Recorrentes: Ministério Público do Estado de São Paulo, Companhia Auxiliar de Viação e Obras, Enterpa Engenharia Ltda. e outros. Recorridos: Os mesmos.** Relator: Min. Luiz Fux. Relator para acórdão: Min. Teori Albino Zavascki, Brasília, 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600589223&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

Município de São Paulo e aos órgãos técnicos da Prefeitura. Desta forma, os aditamentos questionados pelo Ministério Público não se deram pura e simplesmente pela vontade do administrador, uma vez que foram firmados, como dito, com base em pareceres técnicos formulados pelo órgão de controle e pela assessoria técnica colocada à disposição do agente público para sanar dúvidas e indicar os caminhos juridicamente válidos.

Consoante exposto, antes da tomada de decisão pelos agentes que responderam a citada ação de improbidade, houve consulta aos especialistas dos órgãos técnicos e ao Tribunal de Contas do Município, o que seria suficiente para extirpar qualquer intuito desonesto em suas atuações relacionadas ao objeto da ação. Entretanto, tiveram os réus que suportar as duras condenações relativas à lei de improbidade administrativa por longos anos, até que houvesse o acolhimento de seus recursos para julgar improcedente o pedido inicial.

Conforme dito em trecho do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, “[...] não faz sentido configurar improbidade administrativa a conduta que segue o disposto em parecer técnico fornecido por órgão público⁷²”, mesmo porque aquele corpo técnico foi colocado à disposição do agente político para que haja respaldo legal e técnico na tomada de decisões, já que não é possível (nem exigido pela legislação) que o mesmo detenha conhecimento sobre todas as áreas relativas ao desempenho de suas funções.

Fato é que apenas em Tribunal Superior houve reversão da condenação aplicada aos réus em primeiro grau. O caso foi analisado pelo magistrado de primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça estadual, com ratificação de decisão manifestamente equivocada, já que não havia como se falar em desonestidade na atuação dos requeridos, requisito essencial para a condenação em improbidade administrativa.

Ademais, a aplicação equivocada da lei poderia ter se perpetuado no tempo, pois se sabe que há grandes chances de não apreciação de recursos direcionados ao Superior Tribunal de Justiça, em virtude da jurisprudência defensiva e dos inúmeros pressupostos processuais exigidos para fins de admissibilidade, razão pela qual um número considerável de recursos

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 827.445/SP. Recorrentes: Ministério Público do Estado de São Paulo, Companhia Auxiliar de Viação e Obras, Enterpa Engenharia Ltda. e outros. Recorridos: Os mesmos.** Relator: Min. Luiz Fux. Relator para acórdão: Min. Teori Albino Zavascki, Brasília, 02 de fevereiro de 2010, p. 16. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600589223&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

encontra óbice na Súmula nº 7 do citado Tribunal, a qual afirma que a “pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”⁷³.

Desta feita, no caso ora relato, restam evidenciadas a falta de segurança jurídica e a ausência de parâmetros adequados na aplicabilidade da lei de improbidade administrativa, pois, mesmo agindo com boa-fé, pautados em pareceres técnicos emitidos sem vícios, responderam os agentes públicos municipais por suposta prática de atos ímprobos. Desse modo, trata-se de hipótese na qual é possível identificar um alto grau de disfuncionalidade na interpretação legislativa, fenômeno jurídico investigado no presente trabalho.

2.2.2 Caso 2: inexistência de atuação dolosa do agente político

A amplitude normativa da lei de improbidade administrativa tem permitido também a sua utilização para a persecução de agentes políticos, mesmo quando o dolo específico tenha sido praticado por terceiros, consoante ocorrido em caso emblemático, bastante divulgado no cenário nacional, ocorrido em um município do Estado de São Paulo, em que servidores públicos municipais da área de saúde utilizavam “dedos de silicone” para o registro de ponto de médicos que, injustificadamente, não estavam presentes no plantão que lhes era designado.

Apurou-se na esfera administrativa que as próteses de silicone eram todas referentes às digitais dos requeridos na ação de improbidade, com exceção do prefeito municipal, as quais eram utilizadas no sistema de ponto biométrico para registrar o comparecimento em plantões e horas extras laboradas, que efetivamente não eram realizados pelos indigitados médicos, os quais recebiam proventos do erário por serviços não prestados.

Entretanto, mesmo com a ciência de referida prova e com a determinação de instauração de processo administrativo disciplinar em face de tais servidores, o prefeito foi incluído pelo Município de Ferraz de Vasconcelos (autor da ação judicial) no polo passivo da ação de improbidade administrativa nº 0001343-21.2015.8.26.0191⁷⁴, em trâmite na 2ª Vara Cível do

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça – n. 1**. Brasília: STJ, 2006, p. 143. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf >. Acesso em: 04 out. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 0001343-21.2015.8.26.0191, em trâmite na 2ª Vara Cível do Foro de Ferraz de Vasconcelos. Requerente: Município de Ferraz de Vasconcelos. Requeridos: Thauane Nunes Ferreira e outros**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=5B0000QRE0000&processo.foro=191&processo.numero=0001343-21.2015.8.26.0191&uuidCaptcha=sajcaptcha_45d85834f4e144739b43a510e0c01943>. Acesso em: 08 jul. 2020.

Foro de Ferraz de Vasconcelos - SP, movida contra os servidores, sem a existência de alegação de que teria concorrido dolosamente para o ato de improbidade.

Acertadamente, o juízo de primeira instância excluiu o chefe do executivo municipal de referida ação logo após a apresentação de defesa prévia, antes mesmo do seu recebimento, pela ausência mínima de indícios de atos de improbidade por ele praticados. A ação prosseguiu com relação aos demais réus, sem prolação de sentença até o presente momento.

Em que pese o resultado positivo ao final com relação ao ex-prefeito municipal, ainda assim esse suportou grande prejuízo, pois viu sua imagem maculada perante a sociedade, como se desonesto fosse. Nitidamente faltou ao patrocinador da ação cautela e correta averiguação sobre a conduta do ex-prefeito municipal antes do ajuizamento da ação judicial, o que não deveria ocorrer, visto a gravidade deste tipo de ação e das sanções dela provenientes.

O caso em tela demonstra a forma como o mau uso da ação de improbidade administrativa pode levar a danos intangíveis ao patrimônio jurídico de um cidadão e, de forma mais gravosa, a uma figura pública, que sobrevive de sua credibilidade. Dado o contexto estabelecido anteriormente, é notório que não se trata de mero “acidente de trabalho”, mas de fenômeno que reflete o espírito do tempo no qual inserido: gravosa ação intentada contra agente público por voluntarismo ansioso por atender aos intentos gerais do corpo social e o uso do diploma legal com fins político-partidários, de forma a prejudicar o adversário político nas urnas eleitorais.

2.2.3 Caso 3: discordância sobre política pública adotada pelo gestor

Outra forma de uso disfuncional da lei de improbidade administrativa se refere à sua utilização motivada por divergências na forma de administração e prioridades estabelecidas em políticas públicas. Em outras palavras, busca-se o controle do mérito administrativo sob o manto de controle da probidade, hipótese claramente alheia ao escopo da lei nº 8.429/92.

Nesta oportunidade, traz-se a ação civil de improbidade administrativa nº 1004094-68.2016.8.26.0533⁷⁵ ajuizada pelo Ministério Público Estadual de São Paulo em face de ex-

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 1004094-68.2016.8.26.0533, cujo trâmite se deu na 1ª Vara Cível do Foro de Santa Barbara D'Oeste. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requeridos: Mário Celso Heins e outros.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=ET0001FCT0000&processo.foro=533&processo.numero=1004094-68.2016.8.26.0533&uuiidCaptcha=sajcaptcha_45d85834f4e144739b43a510e0c01943>. Acesso em: 08 jul. 2020.

prefeito municipal, ex-secretário de governo e ex-assessor jurídico, pela aquisição de uma mini usina para fabricação de leite de soja (conhecida popularmente como “vaca mecânica”) e posterior distribuição nas escolas municipais para uso na merenda escolar, após estudo prévio realizado para a concretização do investimento e atestador dos benefícios na saúde, bem como econômicos pela produção do referido produto alimentício na municipalidade, sem que houvesse qualquer indício de ilegalidade ou malversação de dinheiro público no procedimento licitatório realizado.

Após a apresentação de defesas prévias pelos requeridos, os autos foram à conclusão e sobreveio sentença rejeitando a inicial, com fulcro no art. 17, §8º, da lei 8.429/92, destacando, com relação ao ex-prefeito, sua atuação dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, que marcam a atuação do administrador público.

Tão evidenciada ficou a tentativa de interferência na discricionariedade do agente político que sequer houve a interposição de recurso pelo autor da ação, culminando no arquivamento dos autos. Decerto, não houve, antes do ajuizamento da ação judicial, pelo órgão ministerial, a regular coleta de provas relacionadas à suposta conduta ímproba dos requeridos, nem sua correta avaliação jurídica sobre a atuação dos envolvidos.

Observa-se, neste caso, mais uma vez o uso indiscriminado do gravoso diploma para efeitos de acossamento de agentes públicos. Trata-se do excesso, de ir além do escopo legislativo, o que claramente aponta para uma postura de ampla acusação e punitivismo voluntarista em oposição ao princípio constitucional da presunção de inocência e da virtude filosófica da mediania, que será abordada adiante.

Reflete, também, a dificuldade encontrada pelo agente político ao eleger como prioritárias, dentro da discricionariedade permitida pela legislação, políticas públicas que não estão dentro do espectro de prioridade imaginado pelo órgão ministerial. O contexto de insatisfação com a classe política fez nascer, além dos desejos punitivistas, a sensação de que as escolhas realizadas pelos administradores são inadequadas, ainda quando observados os critérios de conveniência e oportunidade, e não são respeitadas por aqueles que têm por papel a fiscalização dos gestores públicos, e não a substituição de suas atribuições.

2.2.4 Caso 4: decretação de indisponibilidade de bens

Nas hipóteses em que houver lesão ao patrimônio ou enriquecimento ilícito pela prática de ato ímprobo, a lei 8.429/92 possibilita, excepcionalmente, a decretação liminar de

indisponibilidade dos bens dos requeridos. Contudo, a indisponibilidade, atualmente, converteu-se em regra nas ações de improbidade, ainda que não haja comprovação da dilapidação do patrimônio do réu, conforme já exposto neste trabalho, e é esta a posição prevalente na jurisprudência pátria. A indisponibilidade recai sobre os bens dos réus de forma a assegurar eventual condenação em ressarcimento do dano ou acréscimo patrimonial indevido.

De início, destaca-se que, embora majoritária, é bastante questionável a posição mencionada, uma vez que os requeridos das ações de improbidade administrativa são privados de dispor de seus patrimônios por anos, fato capaz de ocasionar a falência de uma pessoa jurídica, por exemplo, além dos inúmeros transtornos gerados pelos bloqueios, os quais dificultam até mesmo o acesso ao duplo grau de jurisdição do processado, pois, diante do altíssimo valor de preparo recursal em alguns Tribunais de Justiça, a parte se vê sem capacidade financeira para o recolhimento das custas atinentes.

Vale destacar, também, que a medida excepcional, na maioria dos casos, adquire caráter de definitividade, pois, em geral, as ações de improbidade administrativa são causas complexas, envolvendo muitos réus e documentos, o que demanda mais tempo até o proferimento de uma sentença.

A ação civil de improbidade administrativa nº 0000362-61.2015.8.26.0653⁷⁶, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra diversos réus, dentre eles agentes públicos, empresas contratadas e seus sócios, por supostas ilegalidades ocorridas em certame licitatório para a aquisição de kits de material escolar e uniformes destinados à rede municipal de ensino, refere-se à prática da conduta descrita no artigo 10 da lei de improbidade administrativa, por supostos danos ao erário e, subsidiariamente, pretende a condenação nas sanções previstas para a hipótese do artigo 11 da referida norma.

Na petição inicial, distribuída em 30 de janeiro de 2015, houve pedido liminar de indisponibilidade de bens, deferido pelo juízo local, para garantir eventual ressarcimento ao erário. Referida decisão foi objeto de recurso por vários réus, mas se manteve válida. Em 21 de janeiro de 2020, foi prolatada sentença de parcial procedência, condenando a maior parte dos réus às penalidades contidas no artigo 12, III, da lei de improbidade administrativa. Mais

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 0000362-61.2015.8.26.0653, em trâmite na 1ª Vara Judicial do Foro de Vargem Grande do Sul. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requeridos: Ivani Pedro Sória e outros.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=I500006O70000&processo.foro=653&processo.numero=0000362-61.2015.8.26.0653&uuidCaptcha=sajcaptcha_0c7b401a3a2b42f2abae5dc7e92f4b81>. Acesso em: 01 dez. 2020.

especificamente com relação à requerida Ivani Pedro Sória e a empresa Ivani Pedro Sória EPP, da qual é sócia, a condenação se deu apenas na penalidade de impedimento de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, restando consignado em sentença que não houve comprovação de danos ao erário, motivo pelo qual se determinou o levantamento da indisponibilidade dos bens que ainda persistia.

Entretanto, em que pese referido comando e a inexistência do efeito suspensivo para eventual recurso de apelação manejado pelo Ministério Público, o desbloqueio dos bens, que já persistia há quase cinco anos, apesar da insurgência jurídica pela parte afetada, apenas se efetivará, segundo novo despacho proferido sobre o assunto pelo juízo de primeiro grau, quando instado a determinar à serventia o imediato desbloqueio dos bens, após o trânsito em julgado para o autor da ação, em total descumprimento dos ditames legais. Se não há penalidade de ressarcimento ou condenação ao pagamento de multa, por qual razão manter o bloqueio de bens destes requeridos?

Mas não é só. Além do desvirtuamento acima demonstrado, há casos em que o bloqueio dos bens dos réus é mantido mesmo com o julgamento improcedente da demanda. É o que ocorreu na ação civil de improbidade administrativa nº 1006186-39.2017.8.26.0127⁷⁷, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de uma ex-vereadora do município de Carapicuíba e sua ex-assessora parlamentar. A ação, agora em trâmite na segunda instância, investiga suposta prática de nepotismo e desvio de função pelas requeridas, o que configuraria, acaso comprovada, ato ímprobo.

Quando movida a ação, foi realizado, na petição inicial, pedido para bloqueio liminar de bens das réas, o que foi deferido pelo juízo de piso. Após o trâmite regular processual, sobreveio sentença que julgou o feito improcedente com relação a ex-vereadora, mantendo, entretanto, o bloqueio de seus bens até a certificação do trânsito em julgado.

Denota-se o abuso na decisão analisada, pois, mesmo com a improcedência da ação e a extirpação das teses de danos ao erário e enriquecimento ilícito – que justificaram, inicialmente,

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 1006186-39.2017.8.26.0127, atualmente em trâmite na 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requeridos: Sônia Maria Esteves dos Santos Souza e outros.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1006186-39.2017&foroNumeroUnificado=0127&dePesquisaNuUnificado=1006186-39.2017.8.26.0127&dePesquisa=&uuiidCaptcha=sajcaptcha_0dd17fdc07d842ac8c6d06af54d2eb41&gateway=tr ue#>>. Acesso em: 01 out. 2020.

o bloqueio para garantir eventual ressarcimento aos cofres públicos – estabeleceu condição não prevista em lei para a manutenção da ordem de indisponibilidade.

Nesse caso, mesmo absolvida, a ré arca com a continuidade do pesado ônus da indisponibilidade de seus bens. Se não houve elementos concretos nos autos suficientes para sua condenação, como dizer que há justa causa para a manutenção de medida excepcional e tão gravosa? Trata-se de mais um exemplo de uso desvirtuado dos ditames contidos na lei de improbidade administrativa.

2.2.5 Caso 5: atestado médico em benefício do próprio emitente

Em que pese não se tratar de um caso envolvendo um agente político, cuida-se de situação emblemática no cenário brasileiro, capaz de suscitar questionamentos quanto ao uso indiscriminado da lei de improbidade administrativa, pela equiparação indevida de um ato ilegal a um ato ímprobo, razão pela qual é abordado no presente trabalho.

Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pretendendo condenação em seu artigo 11, em face de médica que teria emitido atestado de saúde em benefício próprio com o objetivo de se manter no serviço público estadual e, posteriormente, para ser admitida no cargo de médica do Programa Saúde da Família.

Ao analisar o recurso da médica, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça⁷⁸ entendeu que haveria dolo, ainda que eventual, de atentar contra os princípios da Administração Pública. Importa salientar, no entanto, que o atestado médico em questão não era falso e nem foi determinante para a posse no cargo público, pois também havia atestado médico emitido por outro profissional da área. Desta maneira, a Administração Pública poderia, simplesmente, ter desprezado o documento em questão.

Evidentemente, a conduta da médica foi irregular e ilegal, e, portanto, passível de sanção em algumas esferas, como a disciplinar, por exemplo, mas o simples fato de ter assinado, voluntariamente, declaração que retratava seu real estado de saúde não significa que agiu de

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 73968/SP. Recorrente: Maria Costa Teixeira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo.** Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102610495&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

forma dolosa ou com desonestidade, motivo pelo qual deveria ser afastada a incidência das sanções previstas na lei de improbidade administrativa.

Neste caso, inclusive, houve voto divergente (e vencido) da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, nos seguintes termos:

[...] 3. O ato ilegal somente adquire contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é prevista, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).

4. No presente caso, o Tribunal de origem reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa pela ora agravante, por violação dos princípios da moralidade e da legalidade (art. 11 da Lei 8.429/92), em razão da emissão de atestado médico para benefício próprio, para viabilizar sua posse em cargo público.

5. A conduta imputada à agravante, contudo, não tem a relevância infracional que se lhe atribuiu; ainda que se entenda possível a sua tipificação como ilegalidade, não deve ser alçada ao patamar de improbidade administrativa, uma vez que a Administração poderia, pura e simplesmente, descartar esse malfadado laudo, dar-lhe o valor de uma mera declaração em causa própria, ignorá-lo por completo ou tê-lo como completamente desinfluyente no procedimento de nomeação e posse da sua signatária.

6. Além disso, não tendo sido associado à conduta da agravante o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, tanto que não se acoimou de falso o laudo, sendo certo que a agravante sempre exerceu regularmente as funções para as quais foi contratada e permanece na ativa, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa [...].⁷⁹ (grifou-se).

Faltou a necessária ponderação do Poder Judiciário na espécie sob análise, prevalecendo, ao final, como exposto, uma solução inadequada e excessiva para penalizar a conduta da servidora, na qual um ato de baixa gravidade recebeu a mesma penalidade aplicável a condutas altamente reprováveis.

2.3 Plano dogmático: ofensa às garantias fundamentais do cidadão no Estado democrático de direito

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 73968/SP. Recorrente: Maria Costa Teixeira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102610495&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

Diante do exposto nos subcapítulos anteriores, percebe-se que a lei de improbidade administrativa, por vezes, tem a sua aplicação banalizada, beirando o populismo, o que aponta para uma falha no sistema jurídico brasileiro. O caráter aberto desta lei, que, na verdade, seria um instrumento de contenção dos desvios, possibilitou o seu uso indevido, no afã punitivista acima contextualizado e exemplificado por meio da utilização de casos práticos.

Houve a transição, então, de um cenário de impunidade, o qual justificou a elaboração do citado diploma legal, para um contexto de excesso de punitivismo, no qual a compreensão e a interpretação da lei se dão sem a observância das balizas de ordem constitucional, culminando no ajuizamento indevido de ações, bem como na imposição de sanções desproporcionais.

Denota-se, por conseguinte, que a reação à corrupção gerou uma espécie de abuso, tão indesejado quanto a própria corrupção, de modo que pertinente a reflexão: combater o abuso com mais abuso gera uma sociedade melhor e mais civilizada?⁸⁰ A resposta a tal questionamento aponta para um incremento da procedimentalidade como forma de avanço em termos de sociedade democrática inserida num Estado de direito, o qual não pode ser obtido fora da ordem jurídica.

É certo que o texto constitucional estabeleceu uma série de limites ao exercício do poder punitivo estatal, os quais funcionam como pressupostos da legitimidade da atuação do Poder Público; uma vez violados, a atuação daquele agente público deverá ser considerada inválida. Deste modo, esse tipo de violação, mais do que ofender os direitos individuais daquele administrado que se vê processado arbitrariamente viola o pacto civilizatório estabelecido a partir da Constituição da República de 1988.

Neste ponto, relevante mencionar que, quando se utiliza a expressão “poder punitivo estatal”, é comum o leitor se recordar de conceitos de direito penal. No entanto, importante lembrar que a prerrogativa estatal de aplicar sanções e restringir direitos é fenômeno jurídico uno, cujo cerne ontologicamente não difere de esfera para esfera. Assim, infrações penais, civis e administrativas não se distinguem em sua natureza; a distinção se dá apenas na sua esfera de

⁸⁰ Para ilustrar a ideia aqui debatida, cita-se como exemplo o Projeto de Lei nº 582/2020, apresentado em 10/03/2020, de autoria do Deputado Federal Boca Aberta, filiado ao partido político PROS/PR, cujo teor “dispõe sobre a amputação das mãos de político condenado por crime de corrupção contra o patrimônio público, desde a condenação até o trânsito em julgado”. Evidentemente, a proposição foi devolvida por ser flagrantemente inconstitucional, nos termos do artigo 137, §1º, II, “b”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238611>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

processamento. Deste modo, há de se concluir que, como as esferas se comunicam, as garantias entre disciplinas também comunicar-se-ão.

Regis Fernandes de Oliveira, em sua doutrina, é claro sobre o tema dispõe que “o conceito de antijuridicidade é comum a diversos ramos do direito; pertence à teoria geral do direito. Por isso não se distinguem os ilícitos civil, criminal e administrativo, em sua essência; ontologicamente, são uma e mesma coisa”⁸¹.

Uma ressalva merece ser feita, entretanto: em que pese a unicidade do poder punitivo estatal, não há qualquer impedimento para punições em diferentes esferas por um ato praticado pelo mesmo agente. Ou seja, por um mesmo fato, poderá o agente ser punido na esfera administrativa, penal, cível, tributária, disciplinar, etc.

O elo comum a essa prerrogativa punitiva estatal se encontra na Constituição da República. Desse modo, para sua correta execução no Estado democrático de direito brasileiro, devem ser respeitados os princípios fundamentais contidos no artigo 1º da Constituição Federal, dentre os quais se destacam, para efeito deste trabalho, os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da dignidade humana, da presunção de inocência, do devido processo legal, da segurança jurídica e da confiança legítima, consagrados em seu artigo 5º.

Vale destacar que tais garantias restaram consignadas na Constituição Cidadã após todo um processo de avanços e retrocessos históricos, notadamente o período da ditadura militar, no qual diversos direitos dos cidadãos foram ofendidos, trazendo-se luz para a necessidade de uma compatibilização entre o poder de punir do Estado e os “freios” que deverão ser consagrados para fins uma convivência harmônica sob essa tutela exclusiva da força. Sobre o poder de punir do Estado por meio de institutos jurídicos, importante mencionar os ensinamentos de Hans Kelsen⁸²:

O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui os atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos. Pressuposto deste gênero é em primeira linha – mas não exclusivamente, como já observamos e mais tarde melhor veremos -, uma determinada conduta humana que, pelo fato de ser tornada pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra a pessoa que assim se conduz (ou contra os seus familiares), se transforma em conduta proibida, contrária ao Direito e que, por isso, deve ser impedida, devendo a conduta oposta – socialmente útil, desejada, conforme ao Direito – ser fomentada.

⁸¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

⁸² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 38.

Desta feita, diante da hipossuficiência do indivíduo frente ao Estado, devem ser estabelecidos limites para a aplicação de eventuais punições, como forma de evitar a prática de arbitrariedades, pois em um Estado constitucional, nenhum poder pode ser ilimitado.

Assim, a Constituição Federal garantiu, sem qualquer distinção, direitos e garantias individuais e coletivas ao cidadão como forma de proteção perante os demais cidadãos e o próprio Estado, trazendo em seu corpo diversos princípios limitadores do poder punitivo estatal, de forma explícita e implícita, princípios estes que trazem proteção aos cidadãos.

Conforme já exposto, a lei de improbidade administrativa, devido aos tipos que consagra, deixa sob a guarida do seu texto uma gama de condutas de espectro muito amplo, o que acaba por afastar o veículo legislativo dos padrões constitucionalmente exigidos. Com efeito, o chamado “tipo aberto”, rechaçado no âmbito do direito penal como forma de garantia aos cidadãos, é figura que se mostra deletéria também em outras esferas.

Sabe-se que o direito é realizado a partir da interpretação e, não obstante essa possa comportar certo grau de subjetivismo por parte do intérprete, aquele que sofre a incidência da norma tem como direito fundamental saber do que se trata, ou seja, qual é o delito (ou os delitos) que aquela norma abarca e a quais sanções ele estará sujeito. Trata-se de um patamar civilizatório inarredável.

É importante lembrar que o componente humano é indissociável do componente normativo, visto que, conforme pontuado acima, a criação da norma se dá a partir da consubstanciação daquilo que está escrito no veículo normativo com o produto da interpretação, fruto da atividade do intérprete. No entanto, normas muito amplas deixam, de forma indesejável em determinadas esferas, margem a interpretação excessiva.

Forçoso salientar que, quando se deixa a interpretação quase que livremente à disposição do intérprete, é possível que haja um distanciamento do plano normativo originário. Ou seja, especificamente tratando da norma de improbidade administrativa, pode acabar por se tornar um instrumento de exercício de convicções pessoais (não necessariamente republicanas) daquele que detém o poder inerente a ela. É comum a utilização de todos os meios para alcançar o objetivo final e apoiar atos e decisões questionáveis do ponto de vista ético e moral, conduta esta fomentada pela sociedade.

No entanto, o Estado de direito não comporta essa dinâmica. Por definição, o Estado de direito se presta ao controle do poder, de modo que, dar poder desmesurado a quem quer que

seja é ferir uma de suas vigas mestras, transformando em justificação o sentimento de justiça originariamente afeto ao texto constitucional. Em suma, sem a objetivação do texto normativo, o poder perde seus limites e o seu exercício se afasta do arcabouço axiológico da Constituição da República. Dessa forma, equalizar o exercício do poder é permitir a vida em sociedade e o respeito aos princípios constitucionais. Afinal, democracia é apenas cumprir a vontade da maioria ou existe também a necessidade de observância a outros valores?

Desta forma, a concepção de Estado democrático de direito envolve não apenas a oitiva aos anseios populares imediatos, mas também o respeito aos direitos fundamentais estabelecidos em nome da democracia e do próprio povo.

Em face da insuficiência da lei de improbidade administrativa em relação às características específicas de cada caso concreto, que, por óbvio, não conseguirá prever todas as situações possíveis de acontecer, ocorreu a exacerbação do poder punitivo oriundo da mencionada lei, em detrimento das garantias constitucionais. Quaisquer atos, mesmo que meras irregularidades, tornam-se potenciais alvos de ataques por via judicial.

No contexto do presente estudo, foi verificada uma guinada interpretativa, na qual a sociedade passou a questionar o sistema de garantias, ao se falar de possíveis atos praticados em desfavor da coisa pública, por agentes políticos, que possam, em tese, gerar enriquecimento ilícito, danos ao erário e violação a princípios da Administração Pública – atos ímprobos em geral. Assim, passou-se a pressionar o sistema e os agentes nele atuantes (que, em tese, deveriam ser os defensores das garantias constitucionais) com o fim de relativizar as garantias dos agentes políticos, resultando em disfunções na aplicação de muitos diplomas legais, incluindo a lei de improbidade administrativa, investigada neste trabalho.

Todo esse processo envolveu uma perspectiva utilitarista, de esvaziamento de garantias em suposto prol da coletividade, inaugurando-se uma era de processos judiciais espetaculosos, cujos resultados são, não raramente, condenações por dúvida ou mera suspeita. Em verdade, criou-se o hábito de um rito processual no qual o julgador decide primeiramente pela procedência ou improcedência da ação e somente depois busca as razões para fundamentar sua decisão. Evidentemente, este pré-juízo gera imenso prejuízo, notadamente quando daí decorre uma sentença condenatória, tornando a garantia da jurisdição ilusória e meramente formal⁸³.

⁸³ LOPES JUNIOR, Aury. O imenso prejuízo decorrente dos pré-juízos. A violação da garantia do juiz natural e imparcial. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Coord.). **Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF-4**. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2018, p. 35-41.

Nas palavras de Nathaly Campitelli Roque, “[...] está o Poder Judiciário mais suscetível às crises atuais, por ser o palco dos confrontos existentes no seio social. E tal reflete na crise do Processo, por ser o instrumento das disputas pelos novos direitos.”⁸⁴ No caso da aplicabilidade das sanções decorrentes da lei de improbidade administrativa, atua o Poder Judiciário, cada vez mais, com uma agenda de moralização da política.

Desta forma, o meio para se chegar a eventual condenação (devido processo) passou a ser relativizado, dando-se ênfase à efetiva condenação⁸⁵, pois, conforme sentimento predominante em parte da sociedade, aquele acusado de ter atuado em prejuízo da Administração Pública não teria direito às suas garantias constitucionais na integralidade.

Assim, é fundamental que haja ponderação entre o dever de punir do Estado quando deparado com a prática de irregularidades na Administração Pública e a observância insuperável das garantias do Estado de direito, especialmente pelo fato de que as ações de improbidade administrativa se equiparam em muito às ações penais, particularmente em relação às restrições morais e patrimoniais àqueles que figuram em seu polo passivo, bem como quanto à gravidade das sanções.

Doutra ponta, é possível que a insegurança jurídica causada pelo punitivismo acarrete um fenômeno paradoxal: o afastamento da Administração Pública de possíveis gestores bem-intencionados que, por temor às ações de improbidade desarrazoadas, prefiram se distanciar do exercício público. Trata-se, por certo, de fenômeno prejudicial à coletividade, justamente o inverso daquele pretendido pelo legislador ao instituir a lei de improbidade administrativa. Com efeito, estar no polo passivo de ações dessa natureza, ainda que elas venham a ser julgadas improcedentes, pode levar a tratamento odioso pela população e do devastamento da vida pessoal por meios de comunicação.

⁸⁴ ROQUE, Nathaly Campitelli. Acesso à Justiça. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/105/edicao-1/acesso-a-justica>. Acesso em: 07 mar. 2020.

⁸⁵ Sobre a importância da presunção de inocência e o devido processo legal substancial como elemento essencial a esse conceito, cita-se: “No que interessa, cabe relevar que o processo penal, como garantia, precisa ser levado a sério, sob pena de se continuar a tratar a “inocência” como figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, processo penal do medievo, cujos efeitos nefastos se mostram todos os dias⁶². Por isso é necessário mudar as coordenadas em que se analisa a lógica do processo, o papel do julgador e de cada julgador, especialmente no que toca à prisão cautelar, via teoria dos jogos. Dito isso, de se relembrar que o direito ao devido processo legal substancial é a única garantia à defesa efetiva. E, conforme a nova sistemática processual determina, a prisão cautelar apenas se mantém em caso de extrema necessidade (art. 282, § 6º, CPP), de que se pode inferir a própria exigência do “periculum libertatis”. (MORAIS DA ROSA, Alexandre. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan/jun. 2013).

Obviamente, é imprescindível a batalha contra a corrupção para maior desenvolvimento do país e concretização de uma sociedade mais justa e igualitária. Entretanto, não se pode, sob esse pretexto, ignorar os direitos e garantias constitucionais dos requeridos. Resta clara, portanto, a necessidade de aprimoramento do combate a atos de improbidade administrativa.

Tendo em vista esse imperativo, no capítulo a seguir, será proposta diretriz para a melhor condução dos intentos de improbidade administrativa, consistente na inafastabilidade da desonestidade do agente público como requisito para o reconhecimento da improbidade administrativa, norteador-se pelo conceito de mediania proposto pelo filósofo Aristóteles, a fim de afastar as faltas e os excessos.

3 A DOUTRINA ARISTOTÉLICA DO MEIO-TERMO

3.1 A ética de Aristóteles

Aristóteles foi um dos grandes filósofos da Grécia Antiga, discípulo de Platão, cujos pensamentos filosóficos e ideias sobre a humanidade influenciaram a conformação do direito de vários ordenamentos jurídicos ao longo da história. Até hoje, a filosofia aristotélica é imprescindível para o domínio da filosofia moderna, especialmente quanto à conceituação de justiça, razão pela qual são utilizadas as noções de justiça aristotélica como parâmetro nesta pesquisa, em especial sua doutrina do meio-termo. As discussões inerentes ao homem em sociedade, cujo fim último é a felicidade, também foram responsáveis pela escolha da doutrina do Estagirita, especificamente aquela retratada em sua obra *Ética a Nicômaco*, visto que tais reflexões que persistem até os dias atuais.

Compreende-se que a filosofia do direito não se trata de mera reflexão e apreciação dos problemas relacionados à justiça e ao direito, mas também busca analisar as causas, criar e desenvolver conceitos para a obtenção de soluções jurídicas mais justas para a superação das injustiças. Fato é que uma sociedade acometida por excessos e faltas não é feliz, motivo pelo qual se busca, por meio do proposto no presente trabalho, inspirado na mediania aristotélica, apontar diretriz para uma melhor aplicação da lei de improbidade administrativa e alcance de justiça, diante da identificação dos problemas mencionados nos capítulos anteriores relacionados à citada legislação.

Inicialmente, relevante destacar algumas considerações sobre a ética aristotélica, pois o Filósofo é visto por alguns como o fundador da ética, porque foi a partir de seus ensinamentos que se iniciou o nascimento de uma ética vista como um código de conduta que visa a um bem, sendo este último a finalidade de toda a ação, e não apenas um código de conduta.⁸⁶

Vale destacar, mais uma vez, que, nesta ótica, não basta apenas o respeito ao código de conduta, sendo necessária a busca do bem, finalidade de toda ação do ser humano, responsável por diferenciá-lo dos demais animais. Sobre o autor, Maria do Carmo Bettencourt de Faria⁸⁷ vaticina que:

⁸⁶ CHALITA, Gabriel. **Os dez mandamentos da ética**. São Paulo: Edições Loyola, 2017, p.26.

⁸⁷ FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **Direito e ética. Aristóteles, Hobbes, Kant**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 22.

Aristóteles se dedica ao estudo de seus predecessores, sendo a melhor fonte doxográfica sobre os pré-socráticos; recupera o tema da natureza dedicando-se à física, ao estudo dos animais, ao estudo da alma, ao estudo do céu. Volta-se para a metafísica e o estudo do ser, discutindo não só as teses platônicas, mas expondo os fundamentos de seu próprio pensamento; escreve sobre política e ética; sobre os usos da linguagem na retórica e na poética; é também criador da lógica, à qual dedica uma série de estudos sobre a dialética e a analítica, os argumentos sofistas e a interpretação.

Sobre o trabalho de Aristóteles, é possível afirmar que se divide basicamente em três fases⁸⁸: numa primeira fase cronológica, de 367-347 a. C., tem as ideias mais próximas daquelas semeadas por seu mestre Platão, com uma visão reencarnacionista de corpo menor do que a alma, mas já esboçava sinais de afastamento do misticismo platônico, voltando-se para uma linha mais concreta.

Após, numa segunda fase (347-334 a. C.), adentra na *physis*, negando a metafísica e se preocupando com o estudo sobre botânica e animais, aperfeiçoando o seu conhecimento sobre ciências naturais.

Na terceira fase, funda sua própria escola filosófica, o Liceu, e passa a crer na indissociação do corpo e da alma, os quais seriam componentes da unidade do ser, diferentemente de Platão, o qual defendia a ideia de dualismo, de corpo e alma como elementos distintos. Nesta fase demonstra sua maturidade, preocupando-se com o funcionamento das coisas⁸⁹, e produz sua contribuição mais original de seu pensamento, o livro *Ética a Nicômaco*.

Nesta pesquisa, consoante esposado acima, busca-se uma abordagem sobre a obra *Ética a Nicômaco*, considerada sua principal obra, dedicada a seu filho, Nicômaco. É composta por dez livros, que tratam de assuntos diversos, como amizade, amor, bondade, liberdade e, também, justiça, referindo-se ao justo como o meio-termo.

Consoante acima esposado, Aristóteles aprofundou seus estudos em diversos assuntos, destacando-se aqui os temas ético-políticos. Dentro da filosofia aristotélica, as problemáticas relacionadas a questões de justiça possuem, fortemente, um viés ético, relacionando à virtude humana às ações. Logo no início do *Ética a Nicômaco* é revelado o tom de toda ética aristotélica:

⁸⁸ CAMPELO, Olívia Brandão Melo. **Justiça: prudência**. 2010. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, p.17.

⁸⁹ CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

Toda arte e toda investigação, e semelhante toda ação e toda escolha parecem tender a um bem qualquer; por isso, corretamente declararam que todas as coisas tendem ao bem. (Mas parece existir certa diferença entre os fins, pois alguns são atividades, e outros, feitos distintos delas mesmas. E onde existe um fim distinto das ações, nestes casos, os feitos são por natureza melhores do que as atividades⁹⁰).

Da leitura deste trecho é possível dizer que Aristóteles faz uma análise da conduta humana a partir do meio em vista a uma finalidade. Aí estão contidas duas teses da ética aristotélica: a primeira tese é a de que todas as coisas tendem a um bem, que é justamente a finalidade de todas as coisas a partir das ideias filosóficas por ele semeadas. A segunda tese é a de que se pode alcançar o bem por dois caminhos distintos, quais sejam, pelas atividades práticas, as quais possuem seus fins próprios, como a ética (doutrina moral individual), a qual diz respeito ao indivíduo, e a política (doutrina moral social), que considera o homem em sua dimensão social, e pelas atividades produtivas, como as artes ou técnicas.⁹¹ Ao final, tudo fundir-se-á para o objetivo único de bem comum.

Conforme bem destacado por Gabriel Chalita, “[...] claramente, Aristóteles tende a valorizar o bem social em detrimento do bem individual”⁹². Referida afirmação pode ser comprovada com o seguinte trecho contido no Livro I do *Ética a Nicômaco*:

De fato, ainda que o bem seja idêntico tanto para um indivíduo quanto para a cidade, revela-se melhor e mais perfeito compreender e preservar o da cidade; pois, se, por um lado, deve-se contentar um indivíduo apenas, por outro é mais belo e mais divino fazê-lo para uma nação e para as cidades.⁹³

A ética de Aristóteles é uma ética do bom senso, fundada nos juízos morais do homem bom e virtuoso. Conforme explanado por Eduardo Carlos Bianca Bittar⁹⁴, “diz-se ética toda questão que desborda na esfera do *ethos*, ou seja, de acordo com a etimologia da palavra, esfera

⁹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 17.

⁹¹ CHIH, Chiu Yi. *A eudaimonia na polis excelente de Aristóteles*. 2009. 263f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo.

⁹² CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

⁹³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 18.

⁹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. ISSN 2318-8235, p.56-57. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

dos importes da habitualidade”. *Ethos* é justamente o hábito. Desta feita, só se consegue uma atuação ética com a prática reiterada de ações, pois, sendo o homem um animal racional, o exercício cotidiano é aquele que faz o indivíduo aprender o significado de ética, decorrendo daí o hábito de fazer o que é correto.

Desta forma, é possível afirmar que Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, examinou as ações humanas não só do ponto de vista do indivíduo, mas também as consequências que referidas ações trazem à sociedade, podendo-se até mesmo traduzir como um marco inicial nas noções preliminares de supremacia do interesse público, vislumbrando a política como a arte-ciência do bem comum⁹⁵.

Para Aristóteles, a justiça, suprema virtude, é recheada de preocupações relacionadas à ética, tanto à ética individual quanto à ética social, sendo a primeira relacionada ao ser e a segunda relacionada à coletividade. Desta maneira, o que for justo para a coletividade também o será para o indivíduo, pois estão interligados pela busca comum da felicidade, mesmo porque o homem é, por natureza, “[...]um animal político, fruto do desenvolvimento social”⁹⁶. Por isso, pode-se afirmar que o exame ético também é tarefa de investigação política.⁹⁷ Como bem sintetizou Gabriel Chalita,

[...] a política determina os princípios constitutivos do bom Estado, e a ética expõe a forma da vida boa nessa comunidade ampla. Isto equivale a dizer que, na prática, a virtude do Estado existe conforme a virtude dos seus cidadãos. Ou ainda: o Estado só é bom se seus cidadãos forem virtuosos.⁹⁸

Consoante acima descrito, ao longo dos ensinamentos contidos na obra *Ética a Nicômaco*, é possível perceber que o tema central da filosofia aristotélica é a felicidade, tratando-a como a finalidade última do ser humano, a qual será atingida não com a realização de prazeres carnavais individuais, mas sim quando houver a percepção de que a vida feliz abarca

⁹⁵ Ideia exposta pelo Professor Doutor Gabriel Chalita em aula da disciplina de Filosofia do Direito, no curso de mestrado da PUC-SP, em 02 mar. 2018.

⁹⁶ CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

⁹⁷ CAMPELO, Olívia Brandão Melo. **Justiça: prudência**. 2010. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, p. 26.

⁹⁸ CHALITA, Gabriel. **Os dez mandamentos da ética**. São Paulo: Edições Loyola, 2017, p. 29.

as dimensões políticas e éticas do ser e a vida contemplativa, ou seja, a felicidade se estabelece com o bem comum⁹⁹.

Ainda, Aristóteles retrata a preocupação com a verdade, consubstanciando uma lógica de pertinência com valor para a qualificação do que é justo, porquanto os elementos de justiça estão ligados ao ser e relacionados, desta maneira, à busca pela felicidade (considerada como verdade única entre os homens).

3.2 A justiça aristotélica e a ideia de meio-termo

O conceito de justiça é discutido desde a Antiguidade. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁰⁰, o termo é utilizado para caracterizar aquilo que é “justo” no sentido de equitativo, congruente, igual. Especificamente se refere à congruência relativa ao homem, ou seja, abarca as coisas na sua relatividade face ao homem e aos homens entre si.

Para Aristóteles, a justiça é considerada a principal virtude do homem. Na sua obra *Ética a Nicômaco* demonstra, em sua filosofia ética, o conceito de justiça como aquele intrinsecamente relacionado ao meio-termo na relação humana, sempre objetivando o alcance do fim precípua do homem, a felicidade, conforme salientado no subcapítulo anterior.

Em linhas gerais, o conceito aristotélico de justiça se baseia na discussão ética. O homem é considerado como um ser único, pois cada indivíduo detém suas particularidades, e deve se pautar em sua conduta pessoal (aquela relacionada à ética) e em sua conduta social (aquela relacionada à política) para alcançar seu maior objetivo, a busca da felicidade.

Para os gregos, a justiça era considerada de grande importância e, para sua realização, deveriam os homens aderir às regras estabelecidas. Esta temática é especificamente tratada no Livro V do *Ética a Nicômaco*, conferindo o autor diversas faces ao referido conceito, mas sempre a tratando como uma questão de caráter ético.

Referida virtude humana é identificada por Aristóteles como uma virtude ética ou moral, ou seja, aquela que decorre dos costumes, aprendidas por meio do hábito da ação. Considera-a

⁹⁹ CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

¹⁰⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 147.

a virtude mais perfeita, “[...] porque é o uso da virtude completa. Ela é completa porque aquele que a possui é capaz também de fazer uso da virtude ao outro, e não somente a si próprio”¹⁰¹.

Impende destacar que a virtude, em Aristóteles, “[...] significa potência e ato. É uma força que pode ou não agir”¹⁰². Significa, portanto, uma prática, e não uma natureza, de forma que o homem virtuoso é o homem ativo, que evita excessos e faltas, apontando, desta forma, para a premissa de que o homem, portanto, não nasce nem virtuoso nem vicioso.

Na filosofia peripatética, as virtudes são divididas em duas classificações: as virtudes éticas, acima mencionadas, e as virtudes intelectuais. A virtude intelectual está relacionada à aprendizagem, “[...] depende mais do ensino, quer em sua origem, quer em seu crescimento; portanto, ela precisa de experiência e também de tempo”¹⁰³, podendo ser, portanto, aprendida ou ensinada. Já a virtude ética ou moral é resultante do hábito, de onde se pode extrair que não é da natureza do indivíduo, não é inata.

Desta feita, consoante lecionado por Miguel Reale¹⁰⁴, a justiça aristotélica está sempre relacionada às relações entre os homens:

[...] tratando da justiça como uma das virtudes, Aristóteles soube genialmente determinar o que distingue e especifica a sua proporcionalidade a outrem, ou em outras palavras, modernas, a nota de sociabilidade. A justiça é uma virtude que implica sempre algo objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também “justiça”.

O Filósofo trata a justiça como a única das virtudes que parece ser o “bem de um outro, porque ela está em relação ao outro, fazendo coisas úteis ao outro, quer ao arconte, quer ao companheiro”¹⁰⁵. E continua sobre o tema ao reproduzir a ideia de que o “pior dos homens é o que faz o uso da maldade tanto contra si próprio quanto contra os amigos, e o melhor não é o que faz uso da virtude para si mesmo, mas para o outro, e esta é uma tarefa difícil”¹⁰⁶.

¹⁰¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 125.

¹⁰² CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

¹⁰³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 41.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 549.

¹⁰⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 126.

¹⁰⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 126

Resta clara, portanto, a preocupação do autor com a aplicação da lei e concretização da justiça, diante de questões intrínsecas ao ser humano relacionada à ética no agir, pois de nada adiantaria um sistema normativo perfeito regendo a sociedade se os responsáveis por sua aplicabilidade não tiverem desenvolvido as virtudes necessárias para tanto¹⁰⁷.

Importante, neste ponto, repisar que a virtude diz respeito ao meio, e não ao fim da realização humana. É a forma que o homem irá buscar sua felicidade, ao realizar boas escolhas e agir da forma correta e racional, dissociado dos seus desejos, dos seus instintos e de suas paixões.

Sobre a justiça, define-a como “[...] uma disposição de caráter pela qual os homens praticam coisas que são justas, e pela qual agem de maneira justa e desejam coisas justas; do mesmo modo também em relação à injustiça, pela qual agem de maneira injusta e desejam coisas injustas”¹⁰⁸. Assim, pode-se afirmar que, no ponto de vista aristotélico, os elementos da justiça são elementos relacionados ao ser.

A fim de facilitar a compreensão do presente subcapítulo, serão tratadas a seguir as classificações do termo “justiça” trazidas na teoria aristotélica.

3.2.1 Espécies de justiça

De início, Aristóteles utiliza um conceito mais abstrato para falar sobre justiça: a justiça total, universal. Seria, segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁰⁹:

[...] a equivalência entre os conceitos de legalidade e sociabilidade. Sociedade e lei se encontram num ponto comum: a necessidade de regulamentação da conduta humana em interação. Em sendo a legalidade a garantia da coexistência interacional humana — pense-se no fato de que as múltiplas formas de conduta individual devem interagir de modo harmônico — a lei deixa de ser mero veículo de prescrição de condutas sociais e passa, nestas condições teóricas, à condição de mantenedora da tecitura social. A lei é, aqui, a razão humana atuando para a sobrevivência do espaço social. Trata-se, em suma, de uma forma convencional, imperativa, de se consentir o evolover daquele que pode se determinar como sendo o *télos* social, plena realização

¹⁰⁷ CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

¹⁰⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 123.

¹⁰⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. ISSN 2318-8235, p.59-60. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

da racionalidade política humana, o que se encontra em estreito vínculo com a própria noção de sociabilidade.

Citado pensamento advém do fato de que deve haver um conjunto de normas reguladoras das condutas humanas, para uma vivência harmoniosa em qualquer sociedade. Entretanto, Aristóteles pretende detectar a justiça com uma acepção que direciona para uma virtude particular, “[...] pelo fato de se exteriorizar direcionada a sujeitos determinados no convívio social, e não mais ao conjunto de cidadãos.”¹¹⁰ Vale salientar que, na visão do Filósofo, referido convívio social encontra seu ápice na pólis, ou seja, remete a uma justiça que governa apenas as relações dos cidadãos livres e iguais dentro desta pólis.

Desta maneira, a justiça total não seria a mera observância da lei escrita, mas também dos costumes, tradições e demais convenções sociais, sendo que todo este conjunto seria o limite para as ações do indivíduo.

Sobre a justiça particular, é aquela que se refere às partes, agindo nas ações dos homens concretamente. Sua análise se inicia a partir do seguinte trecho do *Ética a Nicômaco*, no qual é vista como parte da (in)justiça universal ou absoluta:

[...] Existe, portanto, outra espécie de injustiça, como parte de uma inteira, e um sentido de “injusto” que é uma parte do injusto em sentido abrangente de “contrário à lei” [...] É evidente que existem diversas espécies de justiça, e uma delas se distingue da virtude, no sentido mais abrangente do termo. O que ela é, qual a sua qualidade, é o que se deve compreender. O injusto foi dividido em ilegítimo e ímprobo, e o justo, em legítimo e probo. O ilegítimo corresponde à injustiça que foi dita anteriormente. E visto que o ilegítimo e o ímprobo não são o mesmo, mas diferentes, como uma parte em relação ao todo, (pois todo ímprobo é ilegítimo, mas o ilegítimo não é de todo ímprobo), e o injusto e a injustiça, no sentido de improbidade, não são a mesma coisa, mas diferem-se dos primeiros, como a parte do todo. Assim, a injustiça é uma parte da injustiça em um sentido abrangente, e semelhante também a justiça da justiça. Portanto, deve-se falar da justiça e da injustiça particulares e do justo e do injusto da mesma maneira.¹¹¹

Aristóteles toma como exemplo para explicar a justiça particular os atos injustos, pois um homem pode praticar um ato injusto, mas não necessariamente é injusto em sua plenitude, ratificando aí a ideia de existência da justiça particular como parte da virtude. Ainda sobre a justiça particular, Aristóteles a dividiu em justiça distributiva e justiça corretiva.

¹¹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. ISSN 2318-8235, p.61. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

¹¹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 126-127.

Quanto à justiça distributiva, é aquela capaz de determinar o que cabe a cada homem, considerando o ideal de equidade, ficando a cargo do legislador. Trata do compartilhamento entre os indivíduos, a partir de suas qualidades individuais. Manifesta-se “nas distribuições das honras, do dinheiro, ou das outras coisas que são divididas aos que participam da comunidade política”.¹¹²

Conforme lecionado por Marilena Chauí¹¹³,

[...] a justiça distributiva consiste em dar a cada um o que é devido e sua função é dar desigualmente aos desiguais para torná-los iguais. Suponhamos, por exemplo, que a polis esteja atravessando um período de fome em decorrência de secas ou enchentes e que adquira alimentos para distribuí-los a todos. Para ser justa, a Cidade não poderá reparti-los de modo igual para todos. De fato, aos que são pobres deve doá-los, mas aos que são ricos, deve vendê-los de modo a conseguir fundos para aquisição de novos alimentos. Se doar a todos ou vender a todos, será injusta. Também será injusta se atribuir a todos as mesmas quantidades de alimentos, pois dará quantidades iguais para famílias desiguais, umas mais numerosas do que outras.

A função ou finalidade da justiça distributiva sendo a de igualar os desiguais dando-lhes desigualmente os bens, implica afirmar que numa cidade onde a diferença entre ricos e pobres é muito grande vigora a injustiça, pois não dá a todos o que lhes é devido como seres humanos. Na Cidade injusta as leis em lugar de permitirem aos pobres o acesso às riquezas (por meio de limitações impostas à extensão da propriedade, de fixação da boa remuneração do trabalho dos trabalhadores pobres, de impostos e tributos que recaiam sobre os ricos apenas, etc.) vedam-lhes tal direito. Ora, somente os que não são forçados às labutas ininterruptas para a sobrevivência são capazes de uma vida plenamente humana e feliz. A Cidade injusta, portanto, impede que uma parte dos cidadãos tenham assegurado o direito à vida boa.

Assim, na justiça distributiva, deve ser considerada a situação do indivíduo, repartindo-se os benefícios e os encargos de acordo com a realidade de cada um. Desta maneira, acaso tratados os desiguais de forma igual ou tratados os iguais de forma desigual, não se alcançaria o objetivo final de justiça. Trata-se de uma justiça relacionada à proporção geométrica, “[...] aquela na qual o total está para o total na mesma relação que cada um dos dois termos ao termo correspondente”¹¹⁴, mas “[...] não é uma proporção contínua, pois não pode existir um termo numericamente único para uma pessoa e para uma coisa”.¹¹⁵

¹¹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 128.

¹¹³ CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 1. ed., São Paulo: Editora Ática, 1997, p. 382-383.

¹¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 130.

¹¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 130.

Desta forma, o justo é proporcional e o injusto é o que está fora da proporção. Aristóteles comprovou a justiça distributiva com a seguinte igualdade de razões, composta de quatro elementos, salientando que são duas as pessoas que pleiteiam o justo para si:

[...] a linha A está para a linha B assim como a linha B o é para a linha C; a linha B é então mencionada duas vezes, e, por ser colocada em duas posições, existem quatro termos proporcionais. E o justo, então, implica ao menos quatro termos, e a relação entre o primeiro par de termos é o mesmo, que é aquela que existe entre o segundo par, pois a divisão se efetua de uma maneira semelhante entre as pessoas e as coisas. Assim como termo A está para B, o termo C está para D; por inversão, assim como A é para C, B está para D; e por consequência, também a relação é a mesma para o D; e, por consequência, também a relação é a mesma para o total em relação ao total.

[...] Assim, a combinação do termo A com o termo C, e do B com o D, constitui o justo na distribuição, e o justo é um meio-termo.¹¹⁶

Consoante as considerações acima, infere-se que o justo proporcional se reproduz pelo ajuste do primeiro elemento da proporção com o terceiro elemento, e entre o segundo elemento da proporção e o quarto elemento. Uma vez que o proporcional é considerado o meio-termo, a linha A está para a linha B, assim como a linha C está para a linha D, assim como a soma do elemento A com o elemento C é idêntica à soma do elemento B com o elemento D. Aquele que não notar as proporcionalidades, será injusto.

Nestes termos, Gabriel Chalita afirma que “o caráter distributivo da justiça garante a coesão, a estabilidade e o “bom funcionamento” do grupo social, por meio da repartição do poder e dos valores conforme a responsabilidade e o merecimento de cada indivíduo”¹¹⁷.

Já a justiça corretiva, também denominada de comutativa, fica a cargo do juiz e se dá por meio de um procedimento com a finalidade de estabelecer a devida igualdade em um caso concreto, sem levar em conta o interesse da comunidade como um todo, e, em geral, é relativa às relações que “envolvem dinheiro, valores ou propriedades privadas”¹¹⁸. É denominada corretiva porque desempenha uma função corretora nas transações entre os indivíduos, sejam elas voluntárias ou involuntárias.

Desta forma, não trata da divisão, mas da reparação da igualdade entre pessoas, partindo do pressuposto de que uma lesou a outra, sem levar em conta a situação dos indivíduos, ou seja,

¹¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 129-130.

¹¹⁷ CHALITA, Gabriel. *Os dez mandamentos da ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2017, p. 94-95.

¹¹⁸ CHALITA, Gabriel. *Os dez mandamentos da ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2017, p. 95.

sem a preocupação da justiça distributiva em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Na justiça corretiva a igualdade é levada em seu sentido absoluto.

Nesta toada, é possível fazer a interpretação de que as penalidades, para Aristóteles, jamais serão castigos, mas formas de reintegração social, visto que para o citado autor, o homem deve cumprir a lei porque acredita nela, não por medo de represálias por eventual descumprimento.

Tal como a justiça distributiva, a justiça corretiva também busca um meio-termo, mas com diferentes proporções. Consoante explanado por Aristóteles¹¹⁹,

[...] a justiça que distribui os bens públicos é exercida sempre segundo a proporção de que nós falamos (visto que a distribuição é efetuada a partir das riquezas comuns, ela seguirá a mesma proporção que presidiu as respectivas relações dos membros da comunidade, e a injustiça, oposta a essa forma de justiça, e o que está fora de tal proporção). Ao contrário, a justiça nas transações privadas é completamente um tipo de igualdade, e a injustiça um tipo de desigualdade; entretanto, não segundo essa proporção, mas segundo a proporção aritmética.

Destarte, pode-se diferenciar a justiça corretiva da distributiva pelo fato de que esta utiliza o critério de justa repartição aos indivíduos dos méritos de cada um, enquanto aquela visa ao “restabelecimento do equilíbrio rompido entre os particulares: a igualdade aritmética.”¹²⁰

Além disso, também é possível estabelecer uma diferenciação entre a justiça distributiva e a justiça corretiva quanto àquilo que deve ser dividido, ou seja, na justiça distributiva, a divisão ocorre entre os bens que são comuns, enquanto na justiça corretiva, nas transações, as coisas são transferidas de uma pessoa a outra.

Impende destacar, ainda, que, na justiça corretiva, não é feita uma análise de mérito entre os indivíduos, não havendo, portanto, verificação sobre sua moral, pois a lei apenas tem “relação com o caráter distintivo do erro causado, e trata as partes com igualdade, se perguntando somente se uma a cometeu e a outra sofreu, ou se uma é autora e a outra vítima de uma falta”.¹²¹

Dentro da justiça particular o Filósofo traz o conceito de justiça recíproca, afirmando, entretanto, que a mesma não coincide nem com a justiça distributiva nem com a justiça

¹¹⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 131.

¹²⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 135.

¹²¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 131.

corretiva, pois é considerada uma retribuição proporcional. Nesse sentido, afirma que existirá reciprocidade “quando as proporções forem igualadas”.¹²²

Ainda, é tratada a justiça política que, segundo os ensinamentos de Bittar¹²³, é aquela afeta a “[...] questões sociais, os problemas de administração e de gestão da sociedade autárquica, de condução da coisa pública”. À época, dava-se na relação entre os homens livres e iguais.

A justiça política é dividida em natural (substancial) e legal (por lei ou por convenção). Para Aristóteles¹²⁴, “é natural aquela que tem em todos os lugares a mesma força e não depende de tal ou tal opinião; a legal é aquela que na origem pode ser indiferentemente determinada, mas uma vez estabelecida, se impõe”. Destarte, são a convenção e a conveniência os elementos determinantes para que se estatuem regras gerais e coercitivas entre os cidadãos e a justiça legal é esta convencionalidade, operada pela pena do legislador ao estatuir normas para a sociedade à qual as dirige.¹²⁵ Assim, uma vez que o legislador estabelece as normas, estas passam a ser obrigatórias e vinculativas a todos.

Do quanto acima transcrito, pode-se perceber que a justiça natural é aquela oriunda do sentimento de justiça inerente ao ser, motivo pelo qual tem a mesma força em todos os lugares. Nas palavras de Aristóteles, são as coisas que “[...] existem por natureza e são imutáveis e em todo lugar têm a mesma força (como é o caso do fogo, que queima igualmente aqui e na Pérsia)”.¹²⁶ Já a justiça legal não é igual em todas as partes, variando de acordo com os valores, cultura e época de cada sociedade.

Importante mencionar a distinção feita por Aristóteles quanto à voluntariedade da ação para considerá-la justa ou injusta:

Sendo as ações descritas como justas e injustas, um homem age justa ou injustamente quando as comete voluntariamente. Mas quando é involuntariamente, a ação não é

¹²² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 135.

¹²³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso em: 16 jan.2020.

¹²⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 139.

¹²⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso em: 16 jan.2020.

¹²⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 140.

nem justa nem injusta, senão por acidente, pois são realizados então atos cuja qualidade de justos ou injustos é puramente acidental.¹²⁷

Desta feita, o elemento volitivo do indivíduo (compreendido por Aristóteles como aquilo que é realizado com conhecimento de causa, excluindo o fator acidental) é essencial para qualificar o ato como justo ou injusto. Se a ação praticada for objeto de censura, ela se torna também uma ação injusta.

Além disso, o Filósofo faz uma distinção entre a justiça política e justiça doméstica, sendo que esta última se encontra no âmbito da casa. Para Eduardo Carlos Bianca Bittar¹²⁸, a ela são afetas “[...] as questões domésticas, econômicas no sentido etimológico do termo (*oikonomia* legislação do lar), atinentes aos particulares na administração da coisa particular”.

Aristóteles também trata da equidade. Ele afirma, comparando-a com a justiça, que “não são nem idênticas, nem genericamente diferentes”¹²⁹. E continua:

[...] o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, não superior à justiça absoluta, mas somente ao erro que surge devido ao caráter absoluto da regra. Tal é a natureza do equitativo, ser um corretor da lei, quando a lei deixou de decidir por causa de sua universalidade. [...] Daí resulta nitidamente também a natureza do homem equitativo, que é aquele que tende a escolher e a realizar ações equitativas e não se mantém rigorosamente aos seus direitos, mas que tende a pegar menos que o devido, mesmo que a lei esteja ao seu lado; e essa disposição de caráter é a equidade, que é uma forma especial de justiça e não uma disposição de caráter inteiramente distinta¹³⁰.

Assim, considera o equitativo justo e superior a uma espécie de justiça, mas não superior à justiça absoluta, colocando a equidade como a justiça do caso concreto, a adequação da lei levando em conta as condições existentes em cada situação particular. Desta feita, não é o caráter voluntário ou involuntário de uma ação que determina o justo, pois somente se alcança o justo quando se age de maneira voluntária. Se age involuntariamente, não é nem justo nem injusto. Se o for, será por forma acidental.

¹²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 141.

¹²⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso em: 16 jan.2020.

¹²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 148.

¹³⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 149-150.

Sobre o assunto, continua ao afirmar que “o que causa dificuldade é que o equitativo, sendo justo, não é justo segundo a lei, mas um corretivo da justiça legal”¹³¹. Desta forma, explica que, embora a lei seja sempre universal e estabeleça uma regra geral, há casos fora da regra geral, hipótese na qual é correto corrigir a omissão e “se fazer intérprete disso que disse o próprio legislador se ele tivesse presente nesse momento, e de que ele teria incluído em sua lei se ele tivesse conhecido o caso em questão”¹³².

O equitativo é, portanto, a correção da lei quando ela é omissa, em razão de seu caráter genérico e universal, visto que existirão casos impossíveis de serem previstos pelo legislador e, desta forma, impossíveis de haver uma previsão legal para aplicar. Para ilustrar tal fato, traz como exemplo a régua de Lesbos, uma régua de chumbo utilizada nas construções em Lesbos, a qual se molda aos contornos das pedras: “[...] de fato, quando algo é indeterminado, a regra também é indeterminada, ao modo da régua de chumbo utilizada nas construções em Lesbos; a régua se adapta aos contornos da pedra e não é rígida, assim o decreto é adaptado aos fatos”¹³³.

Finalizadas as classificações do termo “justiça” trazidas no Livro V do *Ética a Nicômaco*, retoma-se as considerações sobre a ideia de meio-termo na concepção de justiça de Aristóteles.

3.2.2 O meio-termo

Partindo do pressuposto que o homem virtuoso é o homem ativo, este será tido por virtuoso ao exercer a prática, ou seja, pelo hábito. Uma vez considerado virtuoso, encontraria na sua virtude o meio-termo, que significa o agir bem. Para Aristóteles¹³⁴,

[...] a justiça, por sua vez, é um tipo de meio-termo, não do mesmo modo que as outras virtudes, mas no sentido em que ela surge do meio-termo, enquanto que a injustiça surge dos extremos. E a justiça é uma disposição segundo a qual o homem justo é definido como aquele que está apto a realizar, por escolha deliberada, o que é justo, e quando se trata de efetuar uma divisão, seja entre ele mesmo e outra pessoa, seja entre duas outras pessoas, não é homem para atribuir a si mesmo, no bem desejado, uma parte maior para si e uma menor ao seu próximo (ou o inverso, se se trata do que não

¹³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 149.

¹³² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 149.

¹³³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 150.

¹³⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 137.

convém), mas dá a cada um a parte proporcionalmente igual e que lhe convém, e que age da mesma maneira quando a partilha se faz entre terceiros.

Desta maneira, em linhas grossas, para Aristóteles, no *Ética a Nicômaco*, o meio-termo seria uma virtude, o estado ideal para viver em sociedade, no qual os extremos são condenáveis. O seu pensamento desagua na noção de que os extremos implicam injustiça e a prática de atos injustos. A configuração do meio-termo seria, portanto, exatamente a de um ponto intermediário entre o excesso e a falta, a fim de consubstanciar o justo, sendo o meio-termo aristotélico o elemento concretizador daquilo que é considerado justo. Marcelo Perine observa sobre o tema:

Também como expressão da confluência, na obra de Aristóteles, de toda tradição anterior de reflexão sobre as “coisas humanas” é a sua doutrina da virtude como um extremo que está no meio. A definição aristotélica da virtude como um estado habitual de decisão, que consiste no justo meio relativo a nós, cuja norma é a regra moral, isto é, aquela mesma que daria o sábio, traduz uma extraordinária simbiose de aspectos objetivos – o justo meio – e subjetivos – relativo a nós – na doutrina da virtude moral. Nessa concepção da virtude estão presentes, de maneira harmônica, tanto a tradição do sábio como singularidade exemplar, na qual se deposita o *ethos* de uma comunidade, como as exigências de universalidade contidas na genial tentativa de constituir uma ciência do *ethos*.¹³⁵

Vale destacar que a doutrina da mediania é criticada por alguns autores, como Bernard Williams, que a considera como uma das partes menos proveitosas da filosofia aristotélica¹³⁶, que nada acrescenta. No entanto, considera-se injusto tal posicionamento, pois a teoria é interessante sob a perspectiva de que se busca um meio-termo entre a emoção e a ação, entre o excesso e a falta, em uma específica situação. Não seria apenas a observação do meio propriamente dito, “[...] mas implica, antes, determinar esta mediedade levando em consideração as circunstâncias da ação, bem como seu momento oportuno”.¹³⁷ Isto é aferido quando Aristóteles afirma:

[...] alguns definem as virtudes como sendo estados de impassibilidade e de repouso; mas existe aí um erro, devido ao que eles exprimem em termo absolutos, sem acrescentar “da maneira que se deve” ou da maneira que não se deve”, ou “quando se deve ou não se deve”, e todos os outros que se pode acrescentar. Que se estabeleça,

¹³⁵ PERINE, Marcelo. **Quatro lições sobre a ética de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 13.

¹³⁶ ZINGANO, Marco. *Sobre a ética nicomaqueia de Aristóteles: textos selecionados*. São Paulo: Odysseus Editora, 2010, p. 405.

¹³⁷ HOBUSS, João Francisco Nascimento. **Virtude e mediedade em Aristóteles**. 2006. 258f. Tese (Doutorado em Filosofia). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, p. 136.

então, que a virtude tende agir da melhor maneira em vista dos prazeres e das dores, e que o vício faz todo o contrário.¹³⁸

Com a obra *Ética a Nicômaco*, consoante já salientado anteriormente, Aristóteles teve como intuito mostrar a seu filho como um homem deve viver e em que consiste a vida perfeita. As virtudes são peças fundamentais para a consecução desta vida, cujo objetivo maior é a felicidade, especialmente quando se fala que o homem feliz deve evitar extremos. Entende-se que Aristóteles teve, com a mediania, o intuito de demonstrar o melhor caminho a ser seguido na busca do equilíbrio e da harmonia social, e, conseqüentemente, da felicidade.

O encontro da felicidade dar-se-á por meio da escolha consciente e voluntária pelo homem das virtudes nas suas ações. Nesse ponto, interessante mencionar uma virtude considerada especial pelo Filósofo, cuja prática é intimamente relacionada ao meio-termo: a prudência. Por meio da prudência é que se alcançaria, racionalmente, a justa medida.

Quando se fala em prudência, nos dias de hoje, naturalmente se é remetido à ideia de cautela, de comedimento. A prudência aristotélica (*phronêsis*) é retratada no *Ética a Nicômaco* também do ponto de vista da cautela e da precaução no agir, como uma virtude da deliberação¹³⁹:

[...] A *phronêsis* da *Ética Nicomaquéia* somente é reconhecida nos homens cujo saber é ordenado para a busca dos “bens humanos” e por isso sabem reconhecer “o que lhes é vantajoso”. Enfim, a *phronêsis* que era assimilada à *sophia*, aqui lhe é contraposta: a sabedoria diz respeito ao necessário, ignora o que nasce e perece, portanto, é imutável como o seu objeto; a *phronêsis* diz respeito ao contingente, é variável segundo os indivíduos e circunstâncias. Enquanto a sabedoria é apresentada, em outro lugar como uma forma de saber que ultrapassa a condição humana, a *phronêsis*, graças a seu caráter humano desce do primeiro nível: “é absurdo pensar que a prudência seja a forma mais elevada do saber, se é verdade que o homem não é o mais excelente do universo.” Ora, ele não o é: existem, de fato, seres muito mais divinos que o homem, por exemplo, para nos atermos aos mais manifestos, dentre eles, os Corpos dos quais o Universo é formado. Estes corpos são os astros¹⁴⁰.

Repisa-se, se o objetivo da obra *Ética a Nicômaco* é mostrar como o homem deve viver para alcançar a felicidade, a prudência é fundamental, pois o indivíduo prudente é precavido o quanto precisa ser, na medida correta, mas, se necessário agir de forma arriscada, ele agirá.

¹³⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 45.

¹³⁹ AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p. 220.

¹⁴⁰ AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p. 23-24.

Desta forma, “[...] o papel da prudência é unificação da experiência virtuosa dos agentes. Possuindo prudência, ele possuirá todas as virtudes morais, pois saberá que tipo de coisa deve buscar e fazer mesmo nos casos em que ele não foi habituado a encontrar o meio-termo”¹⁴¹.

Pode-se afirmar, portanto, que a prudência é elemento essencial para um comportamento justo, pois é por meio dela que acontece o equilíbrio no agir humano. Como menciona Pierre Aubenque, “[...] é a virtude do risco e da decisão, aos quais recusaria condescender uma sabedoria muito distante”¹⁴².

Nesse contexto, Marco Zingano bem observa que Aristóteles forneceu “[...] um esquema conceitual que podemos aplicar aos casos particulares e que articula as relações recíprocas entre os interesses do agente e sua percepção de como as coisas efetivamente são ou estão no mundo”¹⁴³, mas não há uma teoria científica da racionalidade, não podendo o homem se furtar “[...] de uma parcela dos tormentos do pensar, do sentir e do compreender que podem efetivamente [...] estar envolvidos na deliberação racional”¹⁴⁴.

Pierre Aubenque reconhece na prudência um saber consciente:

[...] a *phronêsis* é o saber, embora limitado e consciente de seus limites; é o pensamento, mas humano, que se sabe e se quer humano. Determinação intelectual enquanto atributo do homem, mas de um homem consciente de sua condição de homem; qualificação moral, pois há algum mérito em limitar seu desejo natural de conhecer, sem tentar rivalizar com os deuses, e a limitar ao homem e a seus interesses um pensamento que inspira ou que previne a cada instante a tentação sobre-humana.¹⁴⁵

Sobre este tema, relevante destacar os ensinamentos de São Tomás de Aquino, frade, teólogo, santo canonizado, influenciado por Aristóteles por meio de conceitos como o de “hábito”, ao tratar as virtudes humanas como verdadeiros hábitos da ação, e o de “meio-termo”, cuja noção de prudência (para ele, virtude mãe, guia das demais virtude) pode ser simplificada como a arte de decidir corretamente. São Tomás de Aquino trata da prudência nas questões 47-56 da II-II de sua Suma Teológica. Nas palavras tomistas¹⁴⁶, prudência é a “reta razão aplicada

¹⁴¹ CAMPELO, Olívia Brandão Melo. **Justiça: prudência**. 2010. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, p. 36.

¹⁴² AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p. 220.

¹⁴³ ZINGANO, Marco. Sobre a ética nicomaqueia de Aristóteles: textos selecionados. São Paulo: Odysseus Editora, 2010, p. 149.

¹⁴⁴ ZINGANO, Marco. Sobre a ética nicomaqueia de Aristóteles: textos selecionados. São Paulo: Odysseus Editora, 2010, p. 150.

¹⁴⁵ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p.256.

¹⁴⁶ AQUINO, Tomás de. **A prudência – a virtude da decisão certa**. Tradução, introdução e notas de Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 4.

ao agir, ou seja, é algo próprio da razão prática”. Ou seja, traz a prudência como a deliberação correta sobre o agir e a escolha dos meios corretos para realizar tal ação. É, sem dúvidas, uma decisão baseada na observância da realidade, e não no sentimento humano. Nos ensinamentos tomistas, a direção da vida humana e as escolhas a ela inerentes são de competência do próprio indivíduo.

A justificação de seu caráter especial com relação às demais virtudes para São Tomás de Aquino, como muito bem esclarecido por Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento¹⁴⁷, dá-se pelo fato de que ela se apoia “[...] no princípio geral de que os atos, hábitos e potências se distinguem segundo seu objeto considerado sob uma determinação precisa (formalmente) e não na sua materialidade, pois, deste último ponto de vista, a mesma coisa pode ser objeto de vários atos, hábitos e potências”.

Pertinente destacar também os três atos da prudência tomista: aconselhar, julgar e comandar:

Prudência, como vimos acima (a2), é a reta razão aplicada ao agir. Daí que seu ato principal será o ato que for mais importante para o agir fundado na razão.

Ora, a prudência comporta três atos: o primeiro é aconselhar, que diz respeito à descoberta, pois aconselhar é inquirir; o segundo ato é julgar, avaliar o que se descobriu, e este é um ato da razão especulativa. Mas a razão prática, que se volta para o agir, vai mais além no terceiro ato, que é comandar: aplicar ao agir o que foi aconselhado e julgado¹⁴⁸.

Assim, comandar é o seu ato principal, uma vez que representa a razão reta do que deve ser feito. Desta forma, uma vez realizada a descoberta (aconselhar, deliberar), deverá o indivíduo avaliar o que descobriu, por meio da razão especulativa, e, em virtude da razão prática, aplicar o que foi deliberado e julgado para operar (comandar). Neste ponto, salienta-se que, consoante os ensinamentos aristotélicos, existe diferenciação entre o homem prudente e o homem habilidoso, pois este último poderá buscar bons ou maus fins, diferentemente do homem prudente, que sempre buscará o bem.

Destarte, a partir da tomada de decisões corretas, nasce a possibilidade de uma boa convivência em sociedade, com o atingimento do bem comum e a plena realização do homem, o qual sempre busca, consoante os ensinamentos de São Tomás de Aquino, a vida eterna. Desta

¹⁴⁷ NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. **Revista Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, n. 62, v. 20, 1993, p. 370.

¹⁴⁸ AQUINO, Tomás de. **A prudência – a virtude da decisão certa**. Tradução, introdução e notas de Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 9.

feita, apenas por meio das virtudes é que se tem a realização plena, em consonância com o modelo espreado pela filosofia aristotélica.

Voltando ao meio-termo aristotélico, é a “[...] superação da falta e do excesso”¹⁴⁹, por meio do qual se encontrará a excelência moral. A fim de exemplificar o que seria a justa medida, Aristóteles elenca uma série de ações humanas, por exemplo: “[...] no que diz respeito ao medo e à temeridade, a coragem é o meio-termo, e entre aqueles que excedem, [...] aquele que o faz por audácia é um temerário, e aquele que excede no medo e mostra falta de audácia é um covarde”¹⁵⁰.

Continua exemplificando, ao longo da obra aqui estudada, quando escreve sobre prazeres e dores, nos quais o meio-termo seria a temperança, e o excesso seria a intemperança. Na riqueza, o meio-termo é a liberalidade, enquanto a prodigalidade é o excesso e a avareza é a falta. Quanto à honra e desonra, o orgulho seria o meio-termo, enquanto o excesso seria “[...] nomeado como um tipo de pretensão, e a deficiência, uma baixaza da alma”¹⁵¹. Para Aristóteles, não haveria justa medida para algumas ações, pois elas, por si só, em qualquer quantidade, já representam excessos:

Mas nem toda ação admite um meio-termo, assim, como nem toda afecção, pois para algumas entre elas sua única denominação implica imediatamente a maldade, por exemplo, a malquerença, a imprudência, a inveja, e, no domínio das ações, o adultério, o roubo, o homicídio. De fato, essas e todas as ações e afecções similares são censuráveis como sendo más em si mesmas; não é o excesso ou a deficiência delas que censuramos.¹⁵²

Em suma, denota-se que, na teoria aristotélica, potencialmente o indivíduo pode ser o que quiser, bastando agir para tal, alcançando o fim pretendido por meio do hábito. Assim, pode-se afirmar que a ética só depende da escolha do ser e o meio-termo proposto seria a perfeição a ser atingida pelo homem.

¹⁴⁹ CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

¹⁵⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 52-53.

¹⁵¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 53.

¹⁵² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 51-52.

Entretanto, a determinação do que seria o meio-termo deve, obrigatoriamente, levar em conta as circunstâncias do caso concreto e é um equívoco sempre concebê-lo como a metade de dois extremos, como se mera equação matemática fosse. É claro que podem existir situações nas quais o meio-termo seria o meio propriamente dito, mas dependerá da análise do contexto no qual se está inserido.

Assim, no momento de se identificar uma prática como justa ou injusta, é necessário considerar com quais espécies de ações se relacionam, que espécie de meio-termo é a justiça e entre que extremos o ato justo é intermediário¹⁵³, pois, consoante vaticinado por Marco Zingano, o meio-termo é um meio-termo “[...] apenas porque está localizado *entre* as duas partes da escala e, portanto, não pertence a *nenhuma* das direções”¹⁵⁴.

Uma vez que Aristóteles considera a justiça a virtude mais perfeita, o homem considerado virtuoso, consoante já dito, é aquele que concretiza a boa ação, dominando suas paixões e suas ações, de forma que somente com a reiterada prática das virtudes encontraria a felicidade, seu maior objetivo. E, quanto à justiça, virtude que se manifesta ao se relacionar com os demais indivíduos da sociedade, somente ocorre quando não há apropriação de nada mais ou de nada menos do que lhe é devido.

Ante todo o exposto, resta claro que, para a realização última do homem, ou seja, a felicidade, é necessário que haja uma relação harmônica entre aqueles que convivem numa mesma sociedade, cuja concretização ocorrerá por meio da justiça, sempre acompanhada de ética e de práticas virtuosas para consecução do bem comum. Se, para o Filósofo, a justiça é propriamente a busca do equilíbrio, somente poderá existir justiça com a operação justa das leis, devendo, para tanto, ser buscado o meio-termo, a fim de se evitar os extremos, visto que estes resultariam em injustiça.

Após reflexões sobre os ensinamentos do Estagirita, observa-se que, por vezes, uma orientação para o encontro de solução dos problemas existentes na modernidade pode ser obtida nas lições clássicas. Assim, a fim de cotejar as concepções filosóficas ora investigadas com a realidade prática brasileira atual, cujo recorte metodológico no presente trabalho se dá na aplicabilidade lei de improbidade administrativa, e uma vez que não é possível conviver e evoluir como sociedade dentro de um paradigma de impunidade, mas também não é aceitável que as garantias dos cidadãos sejam menoscabadas como forma de responder a um déficit

¹⁵³ SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 29.

¹⁵⁴ ZINGANO, Marco. **Sobre a ética nicomaqueia de Aristóteles: textos selecionados**. São Paulo: Odysseus Editora, 2010, p. 436-437.

histórico, sugere-se a busca do meio-termo, com inspirações na mediania aristotélica, tendo como parâmetro a desonestidade do agente no caso concreto, no intuito de alcançar o direito como justiça – fundamento do melhor Estado – como será melhor exposto no próximo subcapítulo.

3.3 A desonestidade como diretriz para a busca do meio-termo na aplicabilidade da lei de improbidade administrativa

Nos termos das linhas traçadas no primeiro capítulo deste trabalho, há a configuração de atos de improbidade administrativa quando o agente atua, de maneira desonesta, contra a Administração Pública, ou seja, quando o agente se comporta, conscientemente, de forma a gerar danos ao erário, violar princípios da Administração Pública ou se enriquecer ilícitamente. Referido entendimento foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 765212/AC, onde prevaleceu o voto-vista do Ministro Mauro Campbell Marques, no sentido de que não bastaria o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado gerado para a condenação com base na lei de improbidade administrativa, considerando fundamental a intenção do agente em cometer o ato ilícito, com a violação a deveres de honestidade no trato com a coisa pública:

[...] Nas palavras do Sr. Senador Pedro Simon – relator do Parecer n. 484/91, que foi favorável ao acréscimo do atual art. 11 no Projeto de Lei n. 1.446/91, da Câmara dos Deputados -, "[e]timologicamente, o vocábulo **probo** vem do latim **probus**, significando honesto, reto, leal ou justo. [...] Improbidade é, portanto, a conduta inversa, ou seja, aquela que viola a obrigação de honestidade, lealdade ou retidão no trato dos assuntos" (Diário do Congresso Nacional, 22.11.1991, p. 8.159).

Ora, seria acaso imaginável que alguém pudesse ser desleal ou desonesto sem querer? É possível ser ímprobo a título de culpa? A resposta só pode ser negativa, pois os conceitos de probidade e improbidade exigem necessariamente o querer, o agir com vontade.¹⁵⁵ (negritos no original).

A desonestidade, portanto, é condição para a correta identificação de uma atuação ímproba pelo agente público ou por terceiros que concorreram para a prática do ato, ou seja, a razão de sua atuação deve se revelar inadequada para justificar o ato praticado. Este é

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765212/AC. Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Francisco Batista de Souza e outro.** Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 23 de junho de 2010. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501086508&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 out. 2020.

entendimento sedimentado na doutrina majoritária e nas Cortes Superiores do país, conforme vasta jurisprudência já mencionada nos capítulos anteriores.

Nos dicionários da língua portuguesa, o conceito de desonestidade é a “ausência de integridade ou de retidão com as coisas alheias; torpeza; deturpação da verdade; má-fé”¹⁵⁶. Já no *Vocabulo Jurídico*, o termo “improbo” é relativo ao “mau, perverso, corrupto, devasso, desonesto, falso, enganador, [...] procede atentando contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos”¹⁵⁷. Denota-se, portanto, que são conceitos intrinsecamente relacionados.

Entretanto, há quem entenda que a improbidade assume maiores contornos, o que permitiria eventual condenação por improbidade sem que esteja presente a desonestidade na conduta do agente. Apesar de não ser o posicionamento defendido nesta pesquisa, por razões acadêmicas, é salutar expor referido entendimento, adotado por Emerson Garcia¹⁵⁸, por exemplo, que considera equivocada a equiparação de improbidade a atos desonestos, aproximando-a do conceito de injuridicidade. Fábio Medina Osório não discorda do entendimento majoritário explanado e defendido neste trabalho, mas, para citado autor, a improbidade administrativa também abrange atos ineficientes, visto que seria uma espécie de má gestão pública:

[...] onde podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares.¹⁵⁹

Em que pese a consolidação no ordenamento jurídico pátrio do necessário agir desonesto para a caracterização da improbidade administrativa, como já exaustivamente defendido, o que se percebe é o olvidamento deste requisito subjetivo para a aplicação da lei nº 8.429/92, seja no ajuizamento de ações, seja na aplicação das sanções lá previstas. Ora, se não demonstrado o elemento subjetivo da desonestidade, o prosseguimento de ações e, por

¹⁵⁶ DESONESTIDADE. In *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/desonestidade/>>. Acesso em: 17.out.2020.

¹⁵⁷ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulo Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 416.

¹⁵⁸ GARCIA, Emerson. Improbidade é sinônimo de desonestidade?. *JUS*, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 11-21, jan/jun. 2012, p. 19.

¹⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada. *Debates em Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 8, p. 39-94, out. 2009, p. 83.

consequência, a atribuição de penalidades delas decorrentes representa responsabilização objetiva.

O mencionado entendimento também é respaldado pelo fato de que um ato passível de ser objeto de análise para imputação da improbidade, por si só, não é essencialmente reprovável, pois a maioria dos atos investigados é prática ordinária na atuação pública, como a assinatura de um contrato público, a publicação de um edital para a realização de um procedimento licitatório, dentre outros. Assim, deve ser necessariamente verificado se o ato realizado teve ou não finalidade desonesta.

Pode-se afirmar que o ideário moderno de gestor perfeito e imune à corrupção respaldou diversas violações a direitos individuais e ao Estado democrático de direito, vilipendiando a ordem jurídica e social. Entretanto, nenhuma crise moral pode ser utilizada para justificar tais violações, pois a “política é gênero de primeira necessidade em uma democracia”, conforme muito bem sintetizado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em sessão solene do Congresso Nacional, realizada na data de 02 de julho de 2020, para a promulgação da proposta de emenda constitucional relativa ao adiamento das eleições municipais do ano de 2020¹⁶⁰, e, sem a observância dos necessários freios na utilização da lei de improbidade administrativa, restará perpetuado grave empecilho à própria Administração e, por consequência, ao bem-estar social, já que o maior fim da Administração Pública é a persecução do bem comum. Neste sentido, ensina a doutrina pátria:

Sem dúvida, as mencionadas situações pertinentes à utilização irregular de bem público servem muito bem para demonstrar o quão tênue é a linha que pode separar a falta de punição do exagero punitivo quanto a atos eventualmente eivados de improbidade administrativa por violação dos princípios da Administração Pública. Já se disse que “a séculos de descaso ou de menor atenção sucede o risco de exageros passionais que não conduzem a bons resultados”.

No caso do Brasil, a atuação abusiva dos homens bons da região, conforme demonstrado em outra oportunidade, remonta ao prelúdio dos Municípios brasileiros, ou seja, trata-se de uma prática secular.

Portanto, o histórico nacional de favorecimentos variados aos ditos homens bons da região (agentes estatais de posição política mais elevada) não pode servir de motivo para punição de todo ato ilegal praticado por agente público (máxime os ocupantes de

¹⁶⁰ BEHNKE, Emily. Política é gênero de primeira necessidade, diz Barroso na promulgação da PEC que adia eleições. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 02 jul. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,politica-e-genero-de-primeira-necessidade-diz-barroso-na-promulgacao-da-pec-que-adia-eleicoes,70003351856>>. Acesso em: 19 out. 2020.

posto de trabalho de menor expressão política), sob pena do distanciamento cada vez maior da virtuosa regra do meio-termo entre o excesso e a falta das ações humanas¹⁶¹.

Carlos Ari Sundfeld e Ricardo Alberto Kanayama destacam a problemática da inércia administrativa, bastante comum nos dias atuais, que, muito provavelmente, consolidou-se no Poder Executivo Municipal pelo medo do ajuizamento de ações de improbidade. Assim, preferem os gestores municipais não agir diante de situação na qual seja necessária a assunção de riscos:

[...] inseguros diante do risco de se tornarem alvo de ações de improbidade com resultados imprevisíveis e dispendo de estruturas públicas frágeis, os agentes administrativos se intimidam, passam a priorizar sua segurança pessoal e, com frequência, cruzam os braços (o famoso “apagão das canetas”). Os números são fortes: entre 2010 e 2015, impressionantes 27% do orçamento dos municípios do Estado de São Paulo ficaram sem execução.⁶ Ao longo do tempo, os prefeitos municipais se tornaram os principais alvos, de modo que as ações de improbidade podem ter a ver com a paralisia administrativa¹⁶².

A lei de improbidade não é de boa técnica, é ambígua e complexa, trazendo em seu bojo tipos sancionadores abertos. Quando somada ao atual contexto de insegurança jurídica e pressões sociais, é desafiador aplicá-la de forma correta e justa, motivo pelo qual devem ser utilizados determinados critérios fático e jurídico, consubstanciados, respectivamente, na verificação da atuação desonesta do agente, com o intuito de ludibriar, no respectivo caso concreto, e na observância das garantias constitucionais, especialmente o devido processo legal punitivo. Isso faz com que não se puna, conforme mencionado por Fábio Medina Osório, o erro juridicamente tolerável, que “[...] fomenta, indiretamente, a boa gestão pública pela assunção responsável de riscos, pela ousadia e pela complexidade que a Administração Pública exige na tomada de decisões”¹⁶³.

Propõe-se, então, no presente trabalho, com influência do estudo feito sobre a mediania aristotélica, a verificação da desonestidade na conduta do agente processado como o parâmetro da medida para alcançar o meio-termo na aplicabilidade da lei aqui estudada, a fim de eliminar

¹⁶¹ SANTOS, D’Alembert Arrhenius Alves dos. Improbidade administrativa: o necessário meio-termo entre omissões e exageros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 17-27, abr., 2014, p. 23-24.

¹⁶² SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a lei de improbidade administrativa não foi capaz de cumprir. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, v. 12 - n. 02, p. 409-426, mai/ago 2020. ISSN 2236-4374, p. 412. Disponível em: < <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/158/319>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

¹⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa. **JUS**, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 23-51, jan/jun, 2012, p. 30.

as distorções observadas, para que não seja punido (nem processado) o inábil, nem absolvido o desonesto. Desta forma, também será mantida a devida distância dos excessos (punitivismo exacerbado), sem retornar, entretanto, ao campo da deficiência (impunidade).

Como bem ressaltado por Pierre Aubenque, a doutrina aristotélica faz distinção entre vontade e escolha:

[...] a primeira concerne sobretudo ao fim e a segunda aos meios. Compreende-se, então, que a escolha, mais orientada que a vontade na direção das condições de realização, exige mais do que esta o discernimento da possibilidade e que, por uma espécie de contragolpe, tende a excluir do próprio querer a vã pretensão do impossível. Assim, há, ao mesmo tempo, mais e menos na escolha do que na vontade. Há menos, pois a escolha restringe a vontade à consideração dos possíveis. Mas esse *menos* é, na realidade *um mais*, visto que a escolha, mediatizando a vontade, a faz passar do estado de intenção frívola ao querer eficaz e formador.¹⁶⁴ (grifos originais).

Com a análise do acima exposto e sabendo que “a tarefa da escolha é determinar por deliberação e eleger por decisão qual a melhor opção”¹⁶⁵, denota-se que Aristóteles se preocupou, principalmente, com o meio, dando destaque a este, e não ao fim: “[...] o fim nada é se não se realizar pelos meios apropriados”.¹⁶⁶ Assim, se a finalidade pretendida for alcançada por meios distintos daqueles apropriados, o fim nada é, pois “[...] a qualidade da ação é medida [...] pela conveniência dos meios”.¹⁶⁷

Fazendo um paralelo com os abusos destacados neste trabalho relativos ao uso da lei de improbidade administrativa, resta evidente que não representam a escolha da melhor opção no caso concreto e demonstram que o resultado final não se deu pelos meios apropriados. Tais abusos, assim como o paradoxo do punitivismo frente à impunidade, devem-se ao voluntarismo na busca por um novo rigor, sujeito a exageros como qualquer medida em fase germinal, mas que não podem continuar nesta conformação.

Para fins elucidativos, em aspectos processuais, por exemplo, atenta-se para a necessidade de uma análise profunda dos elementos probatórios antes de quaisquer medidas cautelares, assim como a premiação do trânsito em julgado como garantia do não cometimento de medidas açodadas. Em suma, medidas cautelares como exceção frente ao amplo escrutínio

¹⁶⁴ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p. 214-215.

¹⁶⁵ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p. 214.

¹⁶⁶ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p. 217.

¹⁶⁷ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008, p. 217-218.

probatório como regra, pois a única forma de aprimorar o sistema é por meio de sua procedimentalidade e do respeito às garantias dos jurisdicionados. Sem essas cautelas, qualquer decisão, ainda que se chegue a um resultado dito acertado, ofenderá, de per si, os deveres de diligência que devem nortear aqueles que têm a responsabilidade constitucional de operar o sistema punitivo estatal, situação inaceitável no Estado de direito.

Impende repisar que o meio-termo proposto por Aristóteles, conforme dito no subcapítulo anterior, não significa simplesmente uma média aritmética e depende da análise das circunstâncias do caso concreto, bem como do cenário no qual se vive, sendo que este último, hodiernamente, na conjuntura jurídica, significa a submissão às balizas constitucionais. Apenas desta maneira haverá uma decisão justa, responsável, com fins a atingir o bem. Consoante o exposto por Gabriel Chalita,

[...] uma ação justa depende do agente, que de maneira deliberada – ou seja, conhecendo os instrumentos necessários para a ação desejada e balizado pelo meio-termo como caminho para alcançar o bem – toma uma atitude justa e distribui coisas, responsabilidade ou reconhecimentos segundo o mérito e de maneira equilibrada. Em outras palavras, uma ação justa ocorre quando o agente age segundo a excelência moral, ou seja, harmonizado com a ética; dessa forma, as consequências de suas ações serão boas e, ao terem efeito sobre a existência de outras pessoas, serão justas.¹⁶⁸

Nesta toada, tendo em mente que o errado deve ser punido, pois a impunidade “[...] é uma realidade incompatível com o princípio democrático, que se apoia na igualdade de todos ante as leis e a Constituição, e frente ao princípio republicano, que supõe responsabilidades iguais [...]”¹⁶⁹, mas, de outro lado, não é desejado abuso, a diretriz de objetivação proposta é uma forma de coibir a influência dos campos externos ao mundo jurídico e de garantir o respeito ao pacto constitucional. Assim, para que não se retorne ao patamar anterior, mas para que sejam mantidas as garantias do Estado de direito e do texto constitucional é que se propõe a utilização da desonestidade como medida.

Referida proposta é uma forma para se alcançar uma atuação racional dos protagonistas das ações de improbidade, especialmente de seus autores e julgadores, derivada dos conceitos da filosofia clássica de razão prática e de prudência, outrora delineados, associada a uma postura ética, para que se dribles as influências externas e, igualmente, as internas, uma vez que todos possuem suas impressões e ideologias. Desta maneira, com o devido afastamento das ações

¹⁶⁸ CHALITA, Gabriel. **Os dez mandamentos da ética**. São Paulo: Edições Loyola, 2017, p. 101-102.

¹⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada. **Debates em Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 8, p. 39-94, out. 2009, p.68.

desacertadas, quais sejam, ações excessivas ou faltosas, haverá maior aperfeiçoamento do homem e da sociedade, de forma a se atingir a justiça e, conseqüentemente, a felicidade.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou analisar a problemática existente no direito brasileiro relacionada à aplicabilidade da lei de improbidade administrativa para, ao final, propor uma solução, pela perspectiva do meio-termo aristotélico, a fim de obter uma aplicação mais consentânea para com o ordenamento jurídico pátrio e os valores por ele defendidos. A motivação principal para a realização desta pesquisa foi, na análise da pragmática dos tribunais, a constante verificação de excessos no que tange ao ajuizamento de ações civis de improbidade administrativa, bem como na imposição desmedida de sanções previstas no diploma legal ora estudado.

Conforme exposto nesta dissertação, a lei nº 8.429/92, elaborada no intuito de atender aos anseios sociais pelos constantes escândalos de corrupção no país, traz em seu bojo, dentre outras disposições, as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, danos ao erário e violação aos princípios da Administração Pública. É importante objeto de estudo em razão da gravidade de suas penalidades e pelo caráter genérico de diversos dos seus artigos.

No primeiro capítulo, foram demonstrados o contexto de surgimento do diploma legal sob análise e a previsão constitucional sobre o tema. Após, foram tratados os seus elementos constitutivos, com o intuito de esclarecer ao leitor os principais pontos trazidos pelo legislador, demonstrando também as dificuldades oriundas dos tipos abertos que apresenta.

Isto porque, em que pese a lei de improbidade administrativa ser uma expressão do *jus puniendi* estatal, não houve pelo legislador a definição precisa das condutas tidas como ímprobas, cujo resultado foi um amesquinamento do conceito de improbidade por não haver a devida distinção de uma ilegalidade ou mesmo de uma simples irregularidade praticada pelo agente público. Essa característica abre o espaço para o uso da lei como instrumento de perseguição política, pois pode ter como consequência a suspensão dos direitos políticos do agente processado, bem como para abusos na punição estatal.

Desta feita, a abstração do dispositivo legal sob análise foi problematizada frente ao arcabouço axiológico da Constituição Federal de 1988: apesar das travas oriundas do sistema constitucional, expressas nos direitos fundamentais e nas limitações ao *jus puniendi* estatal, verificou-se uma aplicabilidade inadequada da lei de improbidade, tanto pelo órgão acusador, como pelo sancionador, destacando-se, neste trabalho, o sentimento de insatisfação popular com agentes políticos e pressões midiáticas como propulsores para referida condição.

Assim, conforme tratado no segundo capítulo, é possível afirmar que houve a transição de um panorama no qual era comum a impunidade, quando se tratava de atos de ofensa à coisa pública praticados por agentes políticos, especialmente, para uma conjuntura na qual prevalece o punitivismo descomedido: se antes aqueles que violavam a coisa pública – prática comum desde o Brasil Colônia - passavam ilesos, referido contexto não mais prospera, pelo contrário, observa-se um quadro em que a desvalorização da política fomentou o ajuizamento de ações civis de improbidade administrativa e o sancionamento delas oriundo excessivo, como dito anteriormente.

A fim de reforçar tais premissas teóricas, foram trazidos casos concretos de aplicabilidade do dispositivo legal ora debatido, com a realização de uma investigação em que se evidenciou a sua utilização arbitrária, cuja consequência é a extrema insegurança jurídica gerada no âmbito da Administração Pública, também danosa à sociedade. Ademais, as disfunções constatadas na aplicação da lei demonstram uma relativização das garantias constitucionais dos agentes políticos, com o aval da população brasileira.

Verificou-se, desta feita, a essencialidade em se estabelecer controle ao poder punitivo estatal, pelas restrições decorrentes do próprio Estado democrático de direito, cujo conteúdo pode ser observado por meio dos princípios inseridos de maneira explícita e implícita na Carta Magna, assim como a necessidade de propor uma solução para tais desvios, a qual foi encontrada a partir de um resgate da noção clássica do meio-termo aristotélico, diante da importância da filosofia do direito para fins de pacificação social e para a equalização das forças reais de poder.

Desta maneira, no terceiro capítulo, foram examinados os ensinamentos de Aristóteles relacionados a sua doutrina do meio-termo e, em seguida, propôs-se a definição de um parâmetro de objetivação, com inspirações na mediania aristotélica, para a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa, consistindo na observância da desonestidade na conduta do agente público, em cada caso concreto, ou seja, a desonestidade como diretriz para eventual ajuizamento de ações de improbidade administrativa e para a determinação de possíveis penalidades. O intuito de referida proposta é que haja um mínimo de objetivação e racionalidade no juízo subjetivo dos magistrados, promotores e procuradores ao imputarem sanções e prática de atos ímprobos, para impedir a utilização de referida legislação como instrumento de caçada política e como resposta aos desejos sociais punitivistas.

Não se desconhece, como mencionado ao longo do presente trabalho, a importância da lei de improbidade administrativa e o fato de que toda e qualquer conduta ímproba deve ser

reprimida para defesa do interesse público, mas, para isso, outros caminhos devem ser construídos, de forma que o aplicador da lei assegure que sua incidência no caso concreto seja de forma a garantir o desenvolvimento de uma atuação independente, porém harmônica, dos atores políticos envolvidos, sob pena de não realização de justiça.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

AQUINO, Tomás de. **A prudência – a virtude da decisão certa**. Tradução, introdução e notas de Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Trad. Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial Paulus, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992**. 2 ed. Brasília: ESMPU, 2013.

BEHNKE, Emilly. Política é gênero de primeira necessidade, diz Barroso na promulgação da PEC que adia eleições. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 02 jul. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,politica-e-genero-de-primeira-necessidade-diz-barroso-na-promulgacao-da-pec-que-adia-eleicoes,70003351856>>. Acesso em: 19 out. 2020.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. A teoria aristotélica da justiça. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

CAMPELO, Olívia Brandão Melo. **Justiça: prudência**. 2010. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. **O Brasil não é para amadores: estado, governo e burocracia na terra do jeitinho**. Curitiba: IBQR-PR, 2000.

CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em: 29 fev.2020.

_____. **Os dez mandamentos da ética**. São Paulo: Edições Loyola, 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 1. ed., São Paulo: Editora Ática, 1997.

CHIH, Chiu Yi. **A eudaimonia na polis excelente de Aristóteles**. 2009. 263f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo.

COSTA, Homero de Oliveira. **Democracia e representação política no Brasil: uma análise das eleições presidenciais (1989-2002)**. 2006. 244f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo.

DE HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulo Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DESONESTIDADE. In **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/desonestidade/>>. Acesso em: 17.out.2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **Direito e ética. Aristóteles, Hobbes, Kant.** São Paulo: Paulus, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Emerson. Improbidade é sinônimo de desonestidade?. **JUS**, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 11-21, jan/jun. 2012.

GOMES, Laurentino. **1808 – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de direito penal.** Parte geral. Arts. 1º a 120. Salvador: JusPodium, 2015.

HOBUSS, João Francisco Nascimento. **Virtude e mediedade em Aristóteles.** 2006. 258f. Tese (Doutorado em Filosofia). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul.

JM/RR, DM. Eleições 2018: Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno. **Tribunal Superior Eleitoral.** Brasília, 30 out. 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>>. Acesso em: 13 mar. 2020

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. O imenso prejuízo decorrente dos pré-juízos. A violação da garantia do juiz natural e imparcial. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Coord.). **Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF-4**. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010.

MARTINS JR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 1985.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan/jun. 2013.

NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. **Revista Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, n. 62, v. 20, 1993.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa. **JUS**, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 23-51, jan/jun, 2012.

_____. Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada. **Debates em Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 8, p. 39-94, out. 2009.

PERINE, Marcelo. **Quatro lições sobre a ética de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROQUE, Nathaly Campitelli. Acesso à Justiça. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/105/edicao-1/acesso-a-justica>. Acesso em: 07 mar. 2020.

SANTOS, D'Alembert Arrhenius Alves dos. Improbidade administrativa: o necessário meio-termo entre omissões e exageros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 17-27, abr., 2014.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava-jato**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a lei de improbidade administrativa não foi capaz de cumprir. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, v. 12 - n. 02, p. 409-426, mai/ago 2020. ISSN 2236-4374. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/158/319>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. 295f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

ZINGANO, Marco. **Sobre a ética nicomaqueia de Aristóteles: textos selecionados**. São Paulo: Odysseus Editora, 2010.

Jurisprudência e legislação consultadas

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, Ano II, n. 203, 11.03.1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf#page=>>. Acesso em: 02.jun.2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Dossiê digitalizado de tramitação da lei nº 8.429/92 no Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filena me=Dossie+-PL+1446/1991](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141402&filena me=Dossie+-PL+1446/1991>)>. Acesso em: 09 mai. 2020.

_____. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 03 de junho de 1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 671.281 BA. Agravante: José Coelho Irmão. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia**. Relator: Min. Olindo Menezes. Brasília, 03 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=671281&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 73968/SP. Recorrente: Maria Costa Teixeira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=>

201102610495&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765212/AC. Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Francisco Batista de Souza e outro.** Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 23 de junho de 2010. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501086508&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.582.014 - CE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Raimundo Viana de Queiroz.** Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 07 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1582014+&&tipo_visualizacao=R_ESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 827.445/SP. Recorrentes: Ministério Público do Estado de São Paulo, Companhia Auxiliar de Viação e Obras, Enterpa Engenharia Ltda. e outros. Recorridos: Os mesmos.** Relator: Min. Luiz Fux. Relator para acórdão: Min. Teori Albino Zavascki, Brasília, 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600589223&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça – n. 1.** Brasília: STJ, 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf>. Acesso em: 04 out.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradução n. 633/CH. Requerente: Governo da República Popular da China. Extradito: Qian Hong.** Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de abril de 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+633%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+633%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cxygx4u>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 0001343-21.2015.8.26.0191, em trâmite na 2ª Vara Cível do Foro de Ferraz de Vasconcelos. Requerente: Município de Ferraz de Vasconcelos. Requeridos: Thauane Nunes Ferreira e outros.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=5B0000QRE0000&processo.foro=191&processo.numero=0001343-21.2015.8.26.0191&uuidCaptcha=sajcaptcha_45d85834f4e144739b43a510e0c01943>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 1004094-68.2016.8.26.0533, cujo trâmite se deu na 1ª Vara Cível do Foro de Santa Barbara D'Oeste. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requeridos: Mário Celso Heins e outros.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=ET0001FCT0000&processo.foro=533&processo.numero=1004094-68.2016.8.26.0533&uuidCaptcha=sajcaptcha_45d85834f4e144739b43a510e0c01943>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 1006186-39.2017.8.26.0127, atualmente em trâmite na 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requeridos: Sônia Maria Esteves dos Santos Souza e outros.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1006186-39.2017&foroNumeroUnificado=0127&dePesquisaNuUnificado=1006186-39.2017.8.26.0127&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_0dd17fdc07d842ac8c6d06af54d2eb41&gateway=true#>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 0000362-61.2015.8.26.0653, em trâmite na 1ª Vara Judicial do Foro de Vargem Grande do Sul. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requeridos: Ivani Pedro Sória e outros.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=I500006O70000&processo.foro=653&processo.numero=0000362-61.2015.8.26.0653&uuidCaptcha=sajcaptcha_0c7b401a3a2b42f2abae5dc7e92f4b81>. Acesso em: 01 dez. 2020.