



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

LARYSSA SOUSA DE CARVALHO

O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa

CAMPINA GRANDE – PB
2014

LARYSSA SOUSA DE CARVALHO

O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em **Prática Judicante** da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Orientador: Me. Fábio José de Oliveira Araujo

Coorientador: Esp. Ely Jorge Trindade

CAMPINA GRANDE – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C331e Carvalho, Laryssa Sousa de
O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa
[manuscrito] / Laryssa Sousa de Carvalho. - 2014.
48 p.

Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judiciante) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Prof. Me. Fábio José de Oliveira Araújo,
Departamento de Direito Público".
"Co-Orientação: Prof. Esp. Ely Jorge Trindade, Departamento
de Direito Público".

1. Improbidade Administrativa. 2. Responsabilidade
Jurídica. 3. Elemento subjetivo da conduta. I. Título.

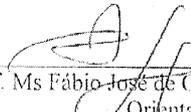
21. ed. CDD 342

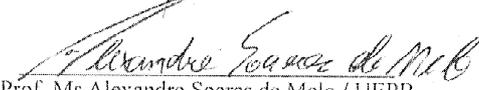
LARYSSA SOUSA DE CARVALHO

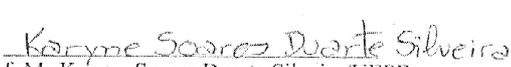
**O ELEMENTO SUBJETIVO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização
em Prática Judicante da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção
do grau de especialista.

Aprovada em 25/07/2014.


Prof. Ms Fábio José de Oliveira Araújo/UEPB
Orientador


Prof. Ms Alexandre Soares de Melo / UEPB
Examinador


Prof. Ms Karyne Soares Duarte Silveira/UEPB
Examinadora


Prof. Esp Ely Jorge Trindade/UEPB
Coorientador

NOTA: 9,5

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Maria Bernadete e a meu pai, Cláudio Carvalho
Aos meus afilhados Lara Mariana e Gabriel, com amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida.

Aos meus pais pela força e incentivo de sempre.

Aos meus irmãos pelo saudável convívio e por me darem a conhecer um amor maior: meus sobrinhos e afilhados.

A Dr. Ely Jorge Trindade, coordenador do curso de Especialização e coorientador deste estudo, por sua ajuda, pelas leituras sugeridas e paciência com as falhas.

Ao meu orientador Dr. Fábio José de Oliveira Araújo pelos apontamentos necessários à melhora deste estudo.

Aos professores do Curso de Especialização da UEPB que contribuíram ao longo de catorze meses, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Às funcionárias da Secretaria da Especialização da ESMA, Ana e Vera, por sua ajuda sempre necessária, dedicação e presteza no atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio, em especial Andreza Helena, Layse e Maria Creuza.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”

Rui Barbosa

RESUMO

O combate à corrupção, importante tema da atualidade, é necessidade em nosso país, tendo em vista os altos índices de perdas que obtemos com condutas improbas no Brasil. A Lei de Improbidade Administrativa vem nessa linha inovadora, buscando atingir a punição para atos de improbidade, consubstanciados no enriquecimento ilícito, dano ao erário ou ofensas aos princípios da Administração Pública. Para tal responsabilização, mister se faz entender os fundamentos acerca do tipo de responsabilidade utilizada para julgar os casos concretos, bem como a análise do elemento subjetivo presente ou não na conduta do agente. Essa pesquisa busca entender os fundamentos acerca do entendimento majoritário do STJ em relação à matéria e, para isso, será realizada consulta da jurisprudência deste tribunal, além do estudo dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella de Pietro, além de Fernando Capez e Eduardo Sousa.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Responsabilidade. Elemento subjetivo da conduta.

ABSTRACT

Important topical issue, the fight against corruption is needed in our country, given the high rates of losses that we obtain with illegal conduct in Brazil. The Administrative Misconduct Act comes this innovative line seeking to reach the punishment for acts of misconduct, embodied in unjust enrichment, damage or harm to the public treasury to the principles of public administration. For such accountability is necessary to understand the basics about the type of responsibility used to judge individual cases, as well as analysis of the subjective element present or not in the agent's conduct. This understanding is necessary, considering the impossibility of confusing administrative irregularities with acts of misconduct. The pacified jurisprudence of the Supreme Court comes pave the prevailing understanding in this sense, being judged the current proof.

KEYWORDS: Administrative Responsibility and subjective element in the conduct Improbability.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
1 BREVE HISTÓRICO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL	13
1.1 ALGUNS ASPECTOS ACERCA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	14
2. RESPONSABILIDADE JURÍDICA NO BRASIL.....	18
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU ELEMENTO SUBJETIVO	18
2.1.1 BOA-FÉ OBJETIVA.....	21
2.2 RESPONSABILIDADE CRIMINAL E SEU ELEMENTO SUBJETIVO.....	22
2.3 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E CONSTITUCIONAL.....	25
2.4 ELEMENTO SUBJETIVO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ...	29
3 ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NOS JULGADOS DO STJ	33
3.1 OUTRA POSIÇÃO	40
Referências Bibliográficas.....	44
Referências Jurisprudenciais	47

INTRODUÇÃO

Os princípios contidos na Constituição Federal trouxeram ao ordenamento jurídico forte carga axiológica sobretudo àqueles referentes à Administração Pública, como a moralidade, a eficiência, dentre outros. Na esteira dessas inovações, quatro anos após a promulgação da Constituição, foi publicada a Lei de Improbidade Administrativa, que tem por justificativa moralizar a gestão da coisa pública e vista enquadrar determinadas condutas como improbas, aplicando aos agentes a devida penalidade.

Para caracterização como improbo, o ato praticado pelo agente público tem que ser, além de irregular, praticado com dolo ou culpa grave, a depender do enquadramento legal da conduta. O elemento subjetivo da conduta do agente é o principal norteador para se verificar se o fato caracteriza-se como improbidade ou tão somente como irregular.

O mau uso da coisa pública, sobretudo no ato de gestão pelo agente público causa diversos prejuízos ao país todos os anos, sendo a apuração e punição adequada aos agentes públicos matéria atual, que precisa ser estudada e vista como forte aliada no combate à corrupção.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o elemento subjetivo da conduta deverá estar sempre devidamente caracterizado nos atos de improbidade, o dolo nas condutas previstas no art. 9º e 11, da Lei de Improbidade e ao menos a culpa grave naqueles previstos no art. 10. Assim, a verificação correta do elemento subjetivo é de grande importância para que as condutas improbas sejam punidas como tal, sem que sejam confundidas com irregularidades administrativas, cuja punição se encontra em outra esfera que não a judicial.

Analisando o contexto em que a lei é aplicada, resta a dúvida em relação a quais são os fundamentos para a caracterização do elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa que são considerados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise do caso concreto.

Para responder esse questionamento, o trabalho desenvolvido utilizou como metodologia a revisão bibliográfica sobre o tema nas áreas de Direito Administrativo, Civil, Constitucional e Penal, bem como a revisão jurisprudencial.

Objetivamos com essa pesquisa analisar os argumentos atualmente utilizados pelo STJ para avaliar o elemento subjetivo presente na conduta do agente público nas ações de

improbidade, visando entender ainda qual dos tipos de responsabilidade deverá ser aplicada nos casos de improbidade, com a intenção de fornecer o alicerce legislativo, doutrinário e jurisprudencial para o julgamento destas ações.

Buscando aprofundar este estudo, abordaremos conceitos de responsabilidade e elemento subjetivo das condutas cíveis, criminais, administrativas e constitucionais, que oferecerão o necessário embasamento teórico a fim de que, ao final, compreendamos o posicionamento majoritário em nosso país, representado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Após as referidas conceituações de cunho teórico e embasador, fizemos um estudo de alguns julgados do STJ a fim de encontrar os fundamentos aplicados na análise do elemento subjetivo das condutas na ação de improbidade administrativa.

Nos propomos ainda com esse estudo, após as análises feitas, apresentar, além da posição majoritária, seguida pelo STJ, também outra posição, que se contrapõe à utilização do conceito de dolo como sendo o correspondente à má-fé cível, apresentando seus fundamentos, a fim de que conheçamos um outro posicionamento importante para a construção do saber.

1 BREVE HISTÓRICO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Antes da promulgação da atual Constituição, já havia algumas legislações que previam penalidades aos casos de enriquecimento ilícito e por crimes dos quais resultasse prejuízo à Fazenda Pública, sujeitando os agentes a penas como sequestro de bens, inclusive de terceiros, caso tivessem adquirido dolosamente (Decreto-Lei nº 3.240/1941).

A Constituição de 1949, no art. 141, § 31 dispunha: “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.” Este dispositivo foi regulado pela Lei denominada Pitombo-Godói Ilha que sujeitava o sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor público nessas condições. A Lei 3.502/1958 – sem revogar a lei anterior – veio novamente regulamentar o sequestro e o perdimento de bens, todas as regulamentações mantiveram o caráter cível das sanções, aplicadas sem prejuízo da responsabilidade criminal (2012, p. 882/883).

A Constituição de 1967, estabeleceu que a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública. O Ato Institucional nº 5 previu pouco depois, que o Presidente da República poderia decretar o confisco de bens de quem quer que tivesse se enriquecido ilicitamente no exercício de funções públicas, após investigação:

“Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”

O confisco era medida administrativa, que convivia com as demais formas de sequestro previstas nas leis, apesar destas últimas serem medidas judiciais e não administrativas. Conforme instituiu o art. 11, do mesmo ato, o confisco de bens se dava sem o devido processo legal e sem possibilidade de apreciação judicial: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Com a promulgação da atual Constituição e a consequente publicação da Lei de Improbidade Administrativa ampliou-se o rol de hipóteses consideradas como enriquecimento ilícito em relação às constituições e leis anteriores, e este é considerado apenas uma das hipóteses de atos de improbidade e está previsto no art. 9º, juntamente com o dano ao erário

(art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

1.1 ALGUNS ASPECTOS ACERCA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários princípios foram elencados a fim de nortear a atividade administrativa como um todo. Dentre eles, o princípio da Legalidade, da Moralidade, da Impessoalidade, Publicidade e, com a Emenda Constitucional nº 19/1998, foi introduzido o Princípio da Eficiência.

Em linhas gerais, podemos conceituar o princípio da Legalidade conforme os ensinamentos de Meireles:

a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (2013, p.67)

Ou seja, pelo princípio da legalidade o Administrador está adstrito aos comandos da lei em toda sua atividade funcional e, deste princípio decorre o entendimento de que a Administração Pública só poderá realizar aquilo que a lei permite, diferentemente do particular.

O princípio da Impessoalidade, poderíamos dizer, que decorre do princípio da isonomia, sendo um de seus desdobramentos. O administrador público deve sempre objetivar o tratamento impessoal e isonômico para com todos os administrados, afastando quaisquer espécies de privilégios que não estejam previstos em lei, uma das principais aplicações deste princípio em nosso país é a exigência de realização de concurso público.

O princípio da Publicidade decorre, por sua vez, do próprio princípio republicano, de fiscalização das atividades administrativas pelo povo, posto que dele decorre todo o poder¹. Visa assegurar a transparência na gestão pública, já que o administrador não é dono dos bens que administra, sendo estes bens de propriedade da coletividade, devendo esta mesma coletividade ter conhecimento pleno da forma que tais bens estão sendo geridos.

Como comentado acima, o Princípio da Eficiência foi introduzido pela Emenda

¹“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

Constitucional nº 19/98 e tem intrínseca relação ao tema de Improbidade Administrativa, juntamente com o Princípio da Moralidade, que veremos adiante. Sobre a Eficiência, Di Pietro ensina que ele possui dupla necessidade: à forma de atuação do agente público, já que se espera o melhor desempenho possível em suas atribuições, a fim de se obter o melhor resultado, bem como o modo de estruturar a Administração Pública, já que esta deverá ser o mais racional possível, visando a mesma finalidade, o alcance de melhores resultados, sobretudo na prestação de serviços públicos (2012, p. 84)

A eficiência, conforme leciona Hely Lopes, é um dos deveres da Administração Pública, que

impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional (...) exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (2013, p. 103)

Certamente este princípio não visa apenas regular a atividade dos gestores, mas também a dos servidores públicos em geral. O art. 41, da Constituição Federal, por exemplo, aponta que, para a aquisição da estabilidade no cargo público, o servidor deverá realizar três anos de efetivo exercício e ter seu desempenho funcional bem avaliado, mediante procedimento de avaliação periódica.

A introdução desse princípio veio na esteira da Reforma Administrativa trazida pela EC nº 19/98, que visou organizar diversos aspectos da relação jurídico-administrativa, estando em consonância com a Lei de Improbidade, que foi publicada anos antes, em 1992, e exigiu, por sua vez, do administrador, bem como do servidor público em geral, o exercício da atividade funcional com probidade, honestidade e em ligação com o que é determinado pela Lei, visando trazer os maiores benefícios possíveis ao povo, a quem os gestores e servidores públicos devem prestação de contas e realização de serviço público cada vez mais eficiente com menor custo, ou seja, a melhor administração de recursos possível.

O Princípio da Moralidade tem ainda mais íntima ligação com o combate à improbidade administrativa. Sabemos que, historicamente, somos um país repleto de casos de corrupção no trato com a coisa pública e, segundo estudo da Fundação Getúlio Vargas, o Brasil perde em produtividade, com corrupção e fraudes públicas, cerca de 82 bilhões de reais anualmente².

²Matéria de Capa – O custo da Corrupção no Brasil : R\$ 82 bilhões ao ano!!! Veja online. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/materia-de-capa-o-custo-da-corrupcao-no-brasil-r-82-bilhoes-por-ano/>> Acesso em 14 de junho de 2014.

Sabe-se que há antiga distinção entre Moral e Direito, licitude e honestidade³, esta se inserindo no conceito jurídico a partir da doutrina do exercício abusivo de direitos e depois pelas doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. No âmbito administrativo, o problema foi discutido no exame do desvio do poder (DI PIETRO, 2012, p. 77).

A introdução do princípio da Moralidade no ordenamento jurídico foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade em todo o setor público, pois, antes da Constituição, apenas os agentes políticos eram responsabilizados por improbidade administrativa, ficando excluídos os demais servidores públicos, que seriam eventualmente punidos apenas pelo enriquecimento ilícito no exercício do cargo (2012, p. 880).

Assim, considerando manchetes e fatos nesse sentido, a Moralidade administrativa vem no sentido de ratificar a promoção ao não locupletamento à custa alheia, bem como evitar o desvio de poder, havendo uma moral institucional, contida na própria lei, imposta pelo Poder Legislativo, e ainda a moral administrativa que “é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário” (DI PIETRO, 2012, p. 78).

É da leitura e interpretação desse princípio, dentre outros, que passamos a entender o clamor da sociedade por uma administração que esteja imbuída de honestidade e moralidade, sobretudo pelo nosso sistema de governo, a República⁴.

A Lei nº 9.784/99 prevê o princípio da moralidade no art. 2º, caput, como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública, e no parágrafo único, inciso IV, exige a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Segundo preleciona Hely Lopes, a moralidade “constitui hoje pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública” (2003, p. 78).

Resumindo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, mesmo que em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, haverá ofensa ao princípio da moralidade administrativa (2012, p. 79).

No mesmo sentido deste princípio, quatro anos depois da promulgação da Constituição,

³“*non omne quod licet honestum est* (nem tudo que é legal é honesto)” (DI PIETRO, 2012, p. 77).

⁴Para De Plácido, “República advém do latim *res publica*, de *res* (coisa, bem) e *publica*, forma feminina de *publicus* (público, comum), entende-se originariamente a coisa comum ou o bem comum, isto é, o que é de todos ou pertence a todos.” (2005, p. 1.209)

foi publicada a Lei de Improbidade Administrativa, visando moralizar a gestão da coisa pública, enquadrando determinadas condutas como improbas, aplicando aos agentes a devida penalidade.

Para De Plácido, o termo improbidade liga-se ao “sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole (...) revela-se a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral” (2005, p. 714).

A improbidade administrativa importa na responsabilização de agente público (e eventualmente terceiro) por matriz normativa de sede constitucional e concretização legislativa com conteúdo sancionatório em que impera a análise da culpabilidade e do elemento subjetivo da conduta (ENFAM, p. 20).

Ainda sobre a caracterização do ato de improbidade, deve-se analisar a conduta sob a ótica da ofensa relevante aos bens jurídicos tutelados nos arts. 9º, 10 e 11, verificando o desvalor da ação e do resultado causado pela conduta, para que se possa identificar no caso concreto a relevância material da agressão e sua adequação à tipificação prevista e ainda, verificar se a ação produziu verdadeira ofensa ao bem jurídico resguardado pela lei, bem como averiguar se houve dolo ou culpa (quando admitida) na atuação do réu.

Resumindo, improbidade administrativa define-se como o comportamento que viola a honestidade e a lealdade esperadas no trato com a coisa pública, seja na condição de agente público ou de parceiro privado (ENFAM, p. 7).

2. RESPONSABILIDADE JURÍDICA NO BRASIL

Antes de adentrarmos na responsabilidade utilizada na verificação de atos de improbidade, precisamos perpassar rapidamente nos institutos de responsabilidade cível, penal, administrativo e constitucional, a fim de entendermos sua utilização na seara da Lei de Improbidade Administrativa.

A responsabilização por danos causados a outrem se subdivide, usualmente, em civil, penal e administrativa. Temos ainda novo tipo de responsabilidade que se encontra em discussão, a responsabilidade constitucional, que estudaremos a seguir.

Antes de iniciarmos as discussões acerca da responsabilidade constitucional, precisamos adentrar um pouco no âmbito dos demais tipos, também importantes para o estudo do elemento subjetivo da conduta nas ações de improbidade administrativa.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU ELEMENTO SUBJETIVO

Para caracterização da responsabilidade civil, necessária a existência do nexos causal, dano e a culpa *lato sensu*. Ou seja, a vítima precisa, além de evidenciar seu prejuízo, superar duas barreiras para obter indenização: demonstrar culpa do ofensor e a existência do nexos causal entre a ação ou omissão do agente e o consequente dano suportado pela vítima.

A culpa *lato sensu* é o mais importante elemento para caracterização da responsabilidade, é “categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade” (SCHREIBER, 2009, p.12). A responsabilidade se mostra como um elemento de controle à liberdade individual, passando esses dois conceitos a terem noções intimamente ligadas; se o homem, no uso da liberdade que lhe é própria, pode alterar o meio onde vive haverá de responder, acaso não consiga evitar por completo as consequências danosas do uso inadequado dessa liberdade.

O controle dessa liberdade foi o responsável pela construção de um sistema de responsabilidade moderno que fosse puramente civil e desvinculado do antigo sistema medieval de responsabilidade coletiva e vingança familiar, e fundado não em violação de normas penais, e sim no exercício da liberdade individual e sua noção de culpa (op cit 2009, p. 13).

Em razão da forte ligação entre o conceito de culpa e a noção de moral, com grande conotação subjetiva, que ganhou ainda mais contornos éticos a partir da difusão da ideologia cristã⁵, a noção jurídica de culpa comumente ganha avaliação moral e subjetiva da conduta humana.

Essa avaliação moral, como justificativa filosófica para reparação do dano, trata com inegável importância a verificação do comportamento ilícito por parte do autor do dano, “com atribuição à culpa de uma certa preponderância na etiologia do ato ilícito” (2009, p. 16), ou seja, essa conotação da culpa acrescida de exigência rigorosa de sua demonstração torna bastante complicada sua comprovação na prática, para reparação de danos.

Sobre a citada dificuldade, assim ensina Schreiber:

em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária a exigir do magistrado quase uma capacidade divina (2009, p. 17)

Considerando tais dificuldades, vários processos técnicos que visaram facilitar o acesso concreto da vítima à reparação foram criados, como exemplos: teoria do abuso do direito e da culpa negativa, o reconhecimento de presunção de culpa, a aceitação de teoria de risco, a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual, todos como meios de evitar os prejuízos da exigência exacerbada da prova da culpa.

A presunção da culpa⁶ foi a teoria mais difundida nesses processos, sendo posteriormente substituída em vários casos pela responsabilidade objetiva, inclusive no Código Civil de 2002⁷, pois, preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, previsão do dano e o potencial de reprovação moral da conduta praticada tornaram cada vez mais difícil a concreta demonstração destes aspectos, terminando por exaltar a culpa objetiva (2009, p. 34).

Assim a culpa passou a ser entendida em sua forma objetiva, ou seja, comparando-se com um modelo geral de comportamento, que pode ser aplicado ao “homem médio”, a chamada culpa normativa (relação entre a conduta esperada, na forma do modelo abstrato de

⁵como influência do direito canônico e do conceito de pecado como a consciente violação a um dever de ordem superior. (Paul Esmein. *La faute et as place dans la responsabilité civile* apud Anderson Schreiber, p. 14)

⁶“O dano normalmente evitado por uma conduta diligente comporta, portanto, a presunção da culpa” (Massimo Bianca APUD Schreiber – p. 34)

⁷Responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e de igual modo a dos tutores e curadores pelos tutelados e curatelados que estejam nas mesmas condições (arts. 932, I e II).

comportamento, e a atuação concreta do sujeito).

Sobre essa verificação se existiu ou não o erro de conduta e, portanto, culpa, leciona sabiamente Rodrigues:

mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado *in abstracto* pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, erro de conduta. (2003, p. 149)

Como visto, o agente não é considerado culpado por agir em desconformidade com a moral, mas por não ter agido com o cuidado necessário à situação, podendo ser considerado culpado ainda que tenha feito todo o possível para evitar o dano (SCHREIBER, 2009, p.37).

O conceito de homem médio vem sofrendo também várias críticas, por seu elevado grau de subjetividade, fazendo-se crer que sua definição representa nada mais do que um ponto de vista subjetivo de quem julga o caso concreto, no caso o magistrado. Ademais, muitas vezes essa definição se torna ineficaz ou artificial porque está desacompanhada dos fatores antropológicos que influenciaram na conduta do réu, por exemplo.

Considerando a situação fática apresentada, Schreiber nos fala da necessidade de fomentar um fenômeno designado de “fragmentação do modelo de conduta” com a utilização de parâmetros de comportamento específicos para diversas situações, a fim de evitar distorções no padrão de comportamento ideal ao homem médio (2009, p. 41).

Tais modelos levam em consideração elementos referentes à sua formação tanto social quanto econômica, que em vários momentos influenciam na conduta do agente, bem como, consideram assistência de órgãos, entidades, técnicos periciais com conhecimento especializado sobre o tipo de atitude que está sendo avaliada, ou seja, para casos de erros médicos, por exemplo, podem ser consultadas as recomendações para situações similares da Agência Nacional de Saúde e outras entidades especializadas.

A dissociação entre a culpa e a moral revelou a maior importância da função reparatória sobre a função sancionatória na responsabilidade civil, retirando da culpa a influência sobre o valor do dano, considerando apenas o efetivo prejuízo suportado pela vítima, diferentemente da responsabilidade penal, onde o caráter punitivo recomenda a análise da intensidade do desvio cometido pelo agente.

Quando a intensidade da culpa é verificada, a mesma não se presta a atender intenção sancionatória, para aumentar a responsabilidade do réu, ao contrário, em algumas hipóteses, agem protegendo o responsável de um ônus excessivo, em conformidade com o princípio da

equidade (2009, p. 44). Nesse sentido, vejamos o que reza o parágrafo único do art. 944, do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Como podemos verificar, o que o legislador permitiu foi, não o aumento do valor indenizatório baseado na culpa ou dolo do agente, mas sua diminuição, quando houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano”, relativizando igualmente o valor do elemento subjetivo da conduta no que diz respeito ao dever de indenizar.

2.1.1 BOA-FÉ OBJETIVA

Ainda na esteira dessa nova visão do conceito de culpa com a verificação mais racional do comportamento humano, surgiu a noção de boa-fé objetiva a partir de 1896, tendo sido desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, se popularizando por todo o mundo (2009, p. 45).

Tal concepção objetiva da boa-fé impõe aos agentes privados e também aos públicos um comportamento leal, contribuindo para a construção de um ambiente assinalado pela confiança mútua e pela reverência aos interesses alheios. Sobre o tema, preleciona Schreiber:

Se é certo que a culpa e boa-fé objetiva podem – e, para muitos, devem – ser compreendidas de forma sistemática, exercendo esta última o papel de fonte criadora de deveres de conduta leal cuja violação implica, em sentido técnico, culpa (desnível de comportamento) para fins de verificação de responsabilidade subjetiva, não é menos verdadeiro que, em um tal sistema, a culpa acaba por desempenhar um papel meramente formal como categoria de enquadramento de atos que atingem valores impostos substancialmente por outra cláusula geral (2009, p. 47)

Podemos concluir, então, que a culpa, no âmbito cível, consiste em apenas um dos possíveis critérios de imputação de responsabilidade, sem que outros deixem de ser igualmente úteis, pois, de acordo com todos os conceitos alhures vistos⁸, o que se vê atualmente é uma diminuição paulatina da importância da comprovação veemente do elemento subjetivo da conduta.

Cumpramos esclarecer que não estamos indicando que a aferição de culpa tenha perdido sua utilidade, apenas que a versão indicativa de culpa, como sendo sinônimo de moral, perdeu a quase hegemonia que tinha, dando lugar à nova concepção apresentada, não constituindo

⁸Facilitadores de demonstração, tais quais: presunção de culpa, responsabilidade objetiva, dentre outros, que reduziram consideravelmente a dificuldade de análise da responsabilidade civil no caso concreto.

mais elemento essencial à aferição da responsabilidade, servindo apenas em seu conceito mais objetivo⁹.

Essa discussão doutrinária já vem alcançando as cortes, que vem aplicando de forma cada vez mais pacífica o comportamento subjetivo como um elemento ou aspecto do juízo de responsabilidade e não um fundamento, sem o qual não é possível mensurar o dever de indenizar.

2.2 RESPONSABILIDADE CRIMINAL E SEU ELEMENTO SUBJETIVO

No estudo do elemento subjetivo da conduta no direito penal, temos que elencar, além da culpa *strictu sensu*, também o dolo, cujo conceito depende da teoria da ação que seja adotada. As teorias são: teoria finalista (o dolo denomina-se natural e é a vontade consciente de praticar a conduta típica), causalista (o dolo denomina-se normativo e é a vontade consciente de praticar a conduta típica acompanhada da consciência de que realiza um ato ilícito ou dolo axiológico, que é a vontade consciente de praticar a conduta típica compreendendo o desvalor que a conduta representa (NUCCI, 2011, p. 233).

Assim, embalados pelos ensinamentos do jurista penal Nucci, entendemos que a teoria mais aceitável seja a finalista, na qual não cabe no primeiro momento verificar se o agente tinha previsão da ilicitude da conduta, bastando que, para agir com dolo, o agente, com sua conduta, pratique o tipo previsto.

As teorias aclamadas na doutrina nacional acerca do conceito do crime, interessam ainda ao campo do elemento subjetivo da conduta. As teorias mais aceitas para definir o conceito de crime são as teorias Bipartida e Tripartida.

A teoria bipartida do crime prega exatamente a exclusão do elemento subjetivo dolo ou culpa do conceito de infração penal: o crime resta configurado sempre que a conduta do agente for ilícita e típica, afastando para o terreno da Culpabilidade os elementos subjetivos da ação.

Já para a teoria tripartida, para se configurar crime é necessário que o fato seja ilícito, típico e culpável, conceito que foi construído com a ajuda da Teoria final da ação de Hans Welzel, que, para Bitencourt, tem o mérito de “eliminar a injustificável separação dos

⁹A boa-fé objetiva e outros expedientes semelhantes acabaram por contribuir de forma significativa para facilitação da comprovação da culpa.

aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando o injusto naturalístico em injusto pessoal” (2012, p. 588).

Para o estudo posterior acerca do elemento subjetivo na ação de improbidade administrativa, adotamos a teoria bipartite, entendendo juntamente com Capez, que é a teoria mais correta, por parecer mais adequada.

Inclusive quando analisado o Código Penal, em seu art. 59, notamos que o legislador inclui a culpabilidade como requisito de aplicação da pena e não como elemento formador do crime. Sobre o assunto, esclarece Capez, citando Damásio de Jesus:

se a culpabilidade fosse elemento do crime, aquele que, dolosamente, adquirisse um produto de roubo cometido por um menor não cometeria receptação, pois se o menor não pratica crime, ante a ausência de culpabilidade, o receptador não teria adquirido um produto desse crime (2011, p. 136).

Voltando ao estudo do elemento subjetivo propriamente dito, tradicionalmente há ainda a classificação entre dolo genérico e dolo específico, sendo o primeiro a vontade de praticar conduta típica, sem qualquer finalidade e o segundo seria a prática do ato com a mesma vontade, no entanto, direcionada a uma finalidade especial. O dolo específico também é tratado por parte da doutrina como elemento subjetivo do tipo específico (NUCCI, 2011, p. 234).

Esse elemento subjetivo específico vem em alguns momentos no próprio tipo penal explicitamente, ou implicitamente, como no crime de difamação em que não bastaria que o agente difamasse a vítima, mas que quisesse também macular a imagem da vítima¹⁰. Quando este elemento pode ser constatado facilmente no tipo penal, é denominado explícito, tal qual no crime de furto com a expressão “para si ou para outrem”¹¹.

O dolo é ainda dividido em dolo direto e indireto, sendo o primeiro endereçado à produção de um resultado típico, englobando todos os instrumentos necessários para tanto. O dolo indireto, no entanto, é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado não desejado, mas admitido (op. cit. 2011, p.235).

Ainda no âmbito do elemento subjetivo criminal, temos a conduta praticada com negligência, imperícia ou imprudência, denominada culpa. Nucci conceitua a culpa como sendo “o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido

¹⁰ Difamação. Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

¹¹ Furto. Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

evitado” (2011, p. 239).

Os atos culposos são moralmente imputáveis porque é um ato voluntário que ocasiona lesão do direito, ainda que o agente não a tenha querido, deveria reconhecer – a partir do entendimento do homem-médio – a possibilidade de ocorrer essa lesão.

Para que alguém que pratica uma conduta lesiva por negligência, imperícia e imprudência seja punido, mister se faz que a forma culposa do crime venha delineada expressamente no tipo penal, sendo um elemento subjetivo do delito, cuja natureza jurídica é de elemento psicológico-normativo. Explica Nucci:

Psicológico, porque é elemento subjetivo do delito, implicando na ligação do resultado lesivo ao querer interno do agente através da previsibilidade. Normativo, porque é formulado um juízo de valor acerca da relação estabelecida entre o *querer* do agente e o resultado produzido, verificando o magistrado que houve uma norma a cumprir que deixou de ser seguida (2011, p. 239).

Melhor explica o Código Penal Militar: “quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê resultado que podia prever ou, prevendo, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”¹².

Também a culpa se subdivide em: consciente e inconsciente. A primeira é aquela cujo agente não possui previsão do resultado, apenas mera previsibilidade, a segunda é a culpa com previsão, em que o agente prevê que sua conduta pode levar a um dado resultado lesivo, ainda que acredite firmemente que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação para impedi-lo.

Os elementos a serem analisados na culpa são: concentração na análise da conduta voluntária do agente, sendo o mais importante a análise do comportamento e não do resultado; ausência do dever de cuidado objetivo, em que o agente deixou de seguir as regras básicas e gerais de atenção e cautela exigíveis de todos; o resultado danoso jamais deverá ter sido desejado ou acolhido pelo agente; possibilidade de prever o resultado lesivo, pois, a completa imprevisão afasta até a culpa; ausência de previsão, que ocorre na denominada culpa inconsciente, quando não é possível que o agente preveja o evento lesivo ou até prevê o resultado quando o agente vislumbra o resultado, mas acredita que pode evitá-lo; a tipicidade deve ser verificada para que a conduta importe para o Direito Penal, portanto, a conduta culposa deverá estar expressamente prevista no Código Penal. Nucci apresenta ainda como elemento da culpa o nexo causal, significando que somente a ligação – possível através da

¹²Art. 33.

previsibilidade – entre o agente e o resultado danoso pode construí-lo (2011, p. 240/241).

Finalizando o breve estudo sobre o elemento subjetivo na seara criminal, ficamos com o ensinamento de Capez, “as pessoas humanas como seres racionais, conhecedoras que são da lei natural da causa e efeito, sabem perfeitamente que de cada comportamento pode resultar um efeito distinto” (2011, p. 137).

2.3 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E CONSTITUCIONAL

A responsabilidade administrativa refere-se às situações jurídico-administrativas, ora em relação a todos os cidadãos (sujeição geral)¹³, ora em relação a alguns cidadãos (sujeição especial)¹⁴, regras estas que são aplicadas apenas aos indivíduos inseridos neste contexto.

No Direito Civil, há estudos sobre a natureza jurídica do dano moral ser de “pena” ou não, bem como os limites possíveis no âmbito contratual e suas infrações, por exemplo. No Direito Penal, por sua vez, encontramos várias teorias sobre descrição de fatos típicos e suas consequentes sanções.

Já no Direito Administrativo, a doutrina em geral sustenta que um elemento indispensável à qualificação de infrações e sanções administrativas remete-se ao sujeito que age, a Administração Pública. Ou seja, trata de infração administrativa quando é a própria Administração Pública quem atua.

Com essa prerrogativa em mente, ficamos com a problemática deste estudo: identificar qual área do direito deve-se ajustar a responsabilidade do agente público que comete atos de improbidade administrativa.

A grande questão resta posicionada na impossibilidade de se tratar de mera responsabilidade civil, à medida que a pessoa a ser responsabilizada não age em nome próprio, não se encontra em uma relação entre particulares, mas atua em cumprimento de uma missão pública porque é investido em competências previstas em lei, para satisfação do interesse público.

Igualmente, verifica-se que a aplicação indistinta do Direito Penal não encontra perfeita compatibilidade com a descrição de crime, não havendo semelhança entre a descrição

¹³Pelo Código de Trânsito Brasileiro, por exemplo, todos os cidadãos se encontram indistintamente submetidos à situação jurídica disciplinada em lei.

¹⁴Como exemplo podemos citar um Estatuto de Servidores Estadual ou Federal, em que os servidores se encontram forçosamente submetidos, igualmente como um Regimento interno de uma universidade pública ou hospital.

de tipos penais com os tipos de improbidade.

A estrita tipicidade exigida¹⁵ no direito penal não pode ser comparada à diversidade de formas que podem expressar a conduta improba na função administrativa, que assim deve permanecer, pois, por óbvio, não haveria possibilidade do legislador prever todas as condutas improbas que poderiam resultar em prejuízo para a Administração¹⁶.

Para Osório, a forma prevista nos arts. 9º ao 11, da LIA visa dar flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade (2010, p. 328), pois os incisos complementam e não excluem o que reza o *caput*, havendo uma autonomia funcional e complementar entre eles, sobretudo porque os incisos fazem parte de rol exemplificativo e não taxativo de condutas, sempre reconduzindo ao *caput*.

Outra diferença que podemos encontrar é a de que o juiz ou tribunal terá que examinar o ato administrativo efetuado e sua adequação com a lei regente da matéria que pode ser a lei de licitações, uma lei tributária ou outra modalidade, sendo o recurso de integração entre as normas imprescindível à verificação das condutas descritas no art. 11, inciso I (ENFAM, p. 33).

Acerca da dosimetria da pena também verifica-se a existência de grande distância entre ambos os direitos: na improbidade administrativa, deverá restar comprovado que a conduta se deu no exercício da função pública.

A simples afirmação de que a responsabilidade por improbidade administrativa é categoria jurídica do Direito Administrativo também não convence por completo, sobretudo porque as sanções na esfera deste direito tem aplicação internamente, em procedimentos administrativos, enquanto a improbidade administrativa tem caráter de processo judicial.

Diante das supracitadas dificuldades, e considerando o caráter eminentemente constitucional do instituto da improbidade administrativa, passamos à análise da chamada responsabilidade constitucional, considerando a insuficiente inserção da responsabilidade por ato de improbidade na classificação usual.

Como visto no primeiro capítulo, a íntima relação entre o povo, o poder e, por óbvio aquele que exerce a função/cargo público, ajudou a inflacionar a importância do estudo da autonomia da improbidade administrativa, tratando as condutas desta forma conceituadas, sob à égide responsabilidade constitucional.

¹⁵Descrição minuciosa do fato que pode ser considerado tipo penal.

¹⁶O enquadramento do infundável número de ilícitos passíveis de serem praticados são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos (GARCIA e ALVES, 2010, p. 279).

Esta autonomia se embasa na sistemática de princípios fundamentais, do tratamento da coisa pública, pois, quem age no exercício de uma função ou cargo público atua em nome da sociedade e deve responder ao detentor do poder, o povo, e em prol deste deve trabalhar (SOUSA, 2014).

Esta autonomia, como vimos, se descobre necessária em razão das diferenças em relação às responsabilidades ditas comuns em nosso ordenamento: civil, penal e administrativa.

A Constituição Federal de 1988, por seu momento histórico, sobretudo, surgiu como uma espécie de revolução e de rompimento com o momento anterior de Ditadura, procurando perseguir a justiça material e promover a dignidade da pessoa humana.

Através do neoconstitucionalismo¹⁷, que surgiu na segunda metade do século XX, buscou-se dar à Constituição uma maior proeminência normativa, entendendo que toda ordem jurídica deveria ser interpretada à luz deste diploma e valorada segundo seus princípios.

Leciona Cunha Júnior que a constitucionalização do Direito somente foi possível a partir da **i)** compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia; **ii)** da incorporação nos textos constitucionais de valores e opções políticas fundamentais; e **iii)** da eficácia expansiva dos valores constitucionais, moldando a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional em conformidade com aquelas diretrizes materiais (2007, p. 72-73).

Considerando essa nova valorização da Constituição na análise normativa infraconstitucional, a Lei de Improbidade Administrativa não poderia ser de outro modo interpretada, sobretudo porque nascida do anseio constitucional de cultivar os princípios da Moralidade e Efetividade.

Na Constituição Federal o termo improbidade administrativa aparece duas vezes. No art. 15, V, como uma das causas de suspensão dos direitos políticos e a segunda, no art. 37, § 4º, que dispõe: “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.”

Para Oliveira, a improbidade administrativa enquanto esfera de responsabilidade jurídica apresenta inequívoca autonomia constitucional, o que em tudo se reflete na forma de tratamento do tema ao aplicar a Lei de Improbidade Administrativa (2009).

¹⁷“Neoconstitucionalismo trata-se de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico” Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo-leandro-vilela-brabilla>>

Ou seja, a Constituição, ainda que não empregue o termo “responsabilidade constitucional”, chama a si a análise da responsabilização dos agentes administrativos quando do cometimento de atos ímprobos, pois o agente que atua no exercício de função pública, atua sob o comando constitucional, devendo seguir as ordens aí contidas, respeitando o poder que lhe foi conferido e, em caso de maculá-lo, responder nos mesmos termos.

Assim, três deveres decorrem naturalmente do princípio republicano: a transparência, a prestação de contas e a responsabilidade. A transparência é necessária a partir do momento em que se lida com recursos públicos, sendo necessário que o agente público esclareça seu uso.

A prestação de contas deriva da própria transparência, pois, se o agente que age em nome da sociedade deve a ela prestar contas, informando e deixando claro o que foi realizado em prol do povo, de qual modo e com que finalidade.

A responsabilidade deriva da própria titularidade do poder. Considerando que o povo o poder emana do povo, o agente que age ferindo os princípios da probidade administrativa viola não apenas regras e normas jurídicas, mas, sobretudo, a confiança que lhe foi depositada e não correspondida.

Os princípios que regem a República impulsionam o surgimento de formas que possam concretizar de cada vez mais o direito do povo de ser protegido de agentes ímprobos, contra a prática de ato lesivo ao patrimônio público, como a ação civil pública, especialmente àquela por ato de improbidade administrativa, baseada na Lei 8.429/92.

A responsabilidade constitucional, portanto, é do tipo subjetiva, pois não é possível a dissociação do ato ímprobo do “processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente” (OSÓRIO, 2010, p. 291).

Ademais, a Constituição de 1988 adotou o cumprimento da moralidade e da probidade como princípio basilar de todo o desenvolvimento da administração pública e, como tal, seu descumprimento fulmina na base a atividade estatal e a busca do bem comum, devendo gerar reprimenda compatível com a conduta realizada (WEICHERT, 2006, p. 61).

O texto constitucional institui um mandamento de responsabilização com a aplicação de um rol de sanções que, como vimos, distancia-se das sanções cíveis e das penais, bem como das administrativas, sendo forma de sanção especial, a constitucional, para o agente que se afasta gravemente da probidade administrativa, tratando-se assim de um novo esquema repressivo mais severo, por decisão da própria Constituição Federal.

Prova dessa autonomia é o fato da própria lei dispor que as sanções da LIA

independentem de apuração nas esferas cível, penal e administrativa¹⁸, reforçando este entendimento. Como exemplo, temos que a multa arbitrada pelo Tribunal de Contas ao agente público não obsta a aplicação das sanções ou mesmo dos crimes previstos.

Qual seja um ramo de responsabilidade pouco abordado ainda, normal que seja possível haver um tratamento conjunto e imputador de sanções nas esferas penal, civil e administrativa, ressalvadas as características que se conflitam e que já foram citadas anteriormente.

2.4 ELEMENTO SUBJETIVO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa é o grande objeto de estudo deste trabalho.

Na esteira da responsabilidade constitucional, a ação de improbidade administrativa tem por escopo a punição de qualquer agente público cuja conduta importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause prejuízo ao erário (art. 10) e que atente contra os princípios da Administração (art. 11).

Para apuração da ocorrência dessas condutas, necessário que o magistrado verifique a existência do elemento subjetivo imprescindível para configuração do ato. Sobre o tema, Di Pietro:

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. (...) 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. 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 a observância do princípio da razoabilidade, sob seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. (2012, p. 727)

Veremos adiante que o entendimento fixado pelo STJ é de que para que seja

¹⁸ Art. 37, § 4º, CF: “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”.

reconhecida a tipificação da conduta como improba, além da integração entre a ação e o tipo previsto em lei, também é necessário a demonstração do elemento subjetivo: dolo para os tipos dos arts. 9^a e 11 e dolo ou culpa para os do art. 10.

Da simples leitura do dispositivo legal, poder-se-ia pensar que o legislador escolheu a responsabilidade objetiva para punir os agentes ímprobos, comparando condutas imorais com aquelas praticadas com boa-fé, ou seja, sem intenção de prejudicar o erário.

Embora haja silêncio na Lei de Improbidade Administrativa, tem-se que a responsabilidade subjetiva é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo e a culpa grave, pois, por força dos textos constitucionais resta consagrada a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, devendo ser contemplados o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, “a improbidade administrativa envolve, de modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva” (OSÓRIO, 2010, p. 291).

A análise do elemento subjetivo no julgamento das ações de improbidade será aferido de acordo com “as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas (...)” (OLIVEIRA, 2009, p. 275).

Para Aristides Junqueira Alvarenga, “nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade” (*apud* SABÓIA, 2012).

Assim, atualmente têm-se na doutrina que demonstração de má-fé é necessária para configurar os delitos previstos no art. 10 e 11 da Lei de Improbidade, excluindo-se o art. 9^o, por óbvio, já que o enriquecimento ilícito pode ser objetivamente mensurado.

Sobre a má-fé, ensina De Plácido, em seu famoso Vocabulário Jurídico: “Se pelas circunstâncias que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha conhecimento do mal, estava ciente do engano ou da fraude, contido no ato, e, mesmo assim, praticou o ato, recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo (2005, p. 871).

Em contrapartida, a boa fé é compreendida “no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, conseqüentemente, protegida pelos preceitos legais” (2005, p. 224).

Apesar de importante conceito para verificação da ocorrência de ato ímprobo, o

administrador público não deve se pautar apenas pela boa-fé, mas, com moral administrativa, conforme Emerson Garcia:

é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das ideias da boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa. (2010, p. 91-92)

De qualquer forma, “a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 39).

Ademais, a própria natureza bastante danosa das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa impõe que a responsabilidade utilizada não seja a objetiva, posto que não expressamente prevista e ainda, por atingir diretamente a dignidade do agente, impondo-lhe juízo de imoralidade, desonestidade e corrupção (CORTEZ, 2012).

Adiante veremos o entendimento e os fundamentos do Superior Tribunal de Justiça na análise de casos concretos acerca do elemento subjetivo da conduta e o tipo de responsabilização utilizada nesses casos.

3 ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NOS JULGADOS DO STJ

Passemos a analisar a forma como o STJ fundamenta a existência ou não dos elementos subjetivos da conduta nas ações de improbidade administrativa, em que veremos como é realizado esse juízo de valor na prática.

Como largamente demonstrado nos capítulos anteriores, apenas na ocorrência de dano ao erário existe a possibilidade de se punir o agente por culpa, além do dolo e, essa análise do dolo nas outras duas condutas (enriquecimento ilícito e atentado contra os princípios da Administração Pública) deve ser precedida da chamada má-fé, a mesma que estudamos na seara cível.

Para o STJ, esta má-fé pode ser encontrada quando o gestor público, por exemplo, age com a finalidade de prejudicar o erário ou de atentar contra os princípios da Administração, não se confundindo com meros ilícitos administrativos, vejamos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. INICIAL FUNDADA NA MERA ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no Ag 1339336/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.03.2011, DJe 16.03.2011)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DANO AO ERÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Embargos de declaração admitidos como agravo regimental, em razão de seu manifesto caráter infringente. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. Inexistindo comprovação de que os agravados tenham agido com dolo ou má-fé, enriquecido de forma ilícita ou de que o ato impugnado tenha causado prejuízo ao erário, não há falar em improbidade administrativa, devendo o acórdão recorrido ser mantido por seus próprios fundamentos. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1260814/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 25/10/2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado

individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11. 4. Recurso especial a que se nega provimento". 1ª Turma, REsp 751.634/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/8/2007, p. 353.

Como visto acima, os atos considerados como irregularidades administrativas não são passíveis de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, por serem atos que podem ser punidos internamente, por outros meios menos danosos. Para os casos de improbidade administrativa deverá sempre ser verificado o dolo, consubstanciado na má-fé cível, com a demonstração indubitosa da finalidade de causar prejuízo à Administração Pública na prática das condutas previstas.

Como veremos a seguir não é possível presumir que o agente agiu com dolo, sendo imprescindível a prova clara nesse sentido, não sendo possível a punição ao réu por simples má administração, sobretudo pela gravidade das penas impostas pela LIA. Nesse sentido:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO APTO A CARACTERIZAR A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. O juízo acerca da ilegalidade do ato tido como ímprobo, sem a devida demonstração do elemento subjetivo dos agentes públicos, não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa (precedentes idênticos). 2. 'É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.' (REsp nº 827.445/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, in DJe 08.03.2010). 3. 'A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mau administrador ou

em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.’ (REsp nº 997.564/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25.03.2010). 4. Agravos regimentais providos. (AgRg no REsp 1065588/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.02.2011, DJe 21.02.2011)

O STJ, ao diferenciar irregularidade de improbidade administrativa, faz verdadeiro juízo de proporcionalidade para decidir, em cada caso concreto, pela aplicabilidade ou não das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. A título de exemplo, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO DE IMPROBIDADE DA CONDUTA E JUÍZO DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO. 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Chefe de Gabinete do Município de Vacaria/RS, por ter utilizado veículo de propriedade municipal e força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares. 2. Não se deve trivializar a Lei da Improbidade Administrativa, seja porque a severidade das punições nela previstas recomenda cautela e equilíbrio na sua aplicação, seja porque os remédios jurídicos para as desconformidades entre o ideal e o real da Administração brasileira não se resumem às sanções impostas ao administrador, tanto mais quando nosso ordenamento atribui ao juiz, pela ferramenta da Ação Civil Pública, amplos e genéricos poderes de editar provimentos mandamentais de regularização do funcionamento das atividades do Estado. 3. A implementação judicial da Lei da Improbidade Administrativa segue uma espécie de silogismo – concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença ou acórdão – que deságua no dispositivo final de condenação: o juízo de improbidade da conduta (= premissa maior) e o juízo de dosimetria da sanção (= premissa menor). 4. Para que o defeito de uma conduta seja considerado mera irregularidade administrativa, exige-se valoração nos planos quantitativo e qualitativo, com atenção especial para os bens jurídicos tutelados pela Constituição, pela Lei da Improbidade Administrativa, pela Lei das Licitações, pela Lei da Responsabilidade Fiscal e por outras normas aplicáveis à espécie. Trata-se de exame que deve ser minucioso, sob pena de transmudar-se a irregularidade administrativa banal ou trivial, noção que legitimamente suaviza a severidade da Lei da Improbidade Administrativa, em senha para a impunidade, business as usual. 5. Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado – sob o influxo do princípio da insignificância, mormente se por ‘insignificância’ se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos – evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por

inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas. 6. Iniquidade é tanto punir como improbidade, quando desnecessário (por atipicidade, p. ex.) ou além do necessário (= iniquidade individual), como absolver comportamento social e legalmente reprovado (= iniquidade coletiva), incompatível com o marco constitucional e a legislação que consagram e garantem os princípios estruturantes da boa administração. 7. O juiz, na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), deve levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa. 8. Como o seu próprio *nomen iuris* indica, a Lei 8.429/92 tem na moralidade administrativa o bem jurídico protegido por excelência, valor abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente. 9. A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9 e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos. 10. A insatisfação dos eminentes julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o resultado do juízo de dosimetria da sanção, efetuado pela sentença, levou-os, em momento inoportuno (isto é, após eles mesmos reconhecerem implicitamente a improbidade), a invalidar ou tornar sem efeito o próprio juízo de improbidade da conduta, um equívoco nos planos técnico, lógico e jurídico. 11. A Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, já se pronunciou no sentido de que ‘deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral’. (REsp 769317/AL, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27.03.2006). Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil. 12. Recurso Especial provido, somente para restabelecer a multa civil de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastadas as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, pretendidas originalmente pelo Ministério Público. (REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.11.2008, DJe 10.02.2010)” (grifos acrescidos)

Algumas situações exigem do gestor público atuação independente da existência de previsão legislativa específica nos diplomas legais e regulamentos que regem a atuação do agente público, na aplicação de recursos do erário, mas que exigem uma atuação imediata do administrador, sob pena da eventual omissão ou atraso causar um prejuízo irreparável à população, como, por exemplo, a suspensão dos serviços de saúde ou de segurança pública.

No julgado que segue, o STJ entendeu que a conduta de contratação temporária de servidores não era tipificadora de ato de improbidade administrativa, em razão da necessidade pública de que o agente público atuasse, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE VIGILANTE SEM CONCURSO PÚBLICO COM FUNDAMENTO EM LEI LOCAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ. 1. Cuida-se na origem de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa consubstanciado na contratação de servidor público por meio de contrato administrativo temporário constantemente renovado. 2. O reconhecimento da tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa requer a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10, todos da Lei n. 8429/92. 3. A

contratação ou manutenção de servidores públicos sem a realização de concurso público viola os princípios que regem a Administração Pública. 4. Todavia, o caso dos autos mostra-se como uma exceção à regra, uma vez que a jurisprudência desta Corte já decidiu, em situação semelhante à dos autos, qual seja, de nomeação de servidores por período temporário com arrimo em legislação local, não se traduz, por si só, em ato de improbidade administrativa. 5. A prorrogação da contratação temporária, com fundamento em lei municipal que estava em vigor quando da contratação - gozando tal lei de presunção de constitucionalidade - descaracteriza o elemento subjetivo doloso. Precedentes: REsp 1.231.150/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.3.2012, DJe 12.4.2012.; AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 13.10.2010. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no AREsp 166.766/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 03/09/2012) “[grifo nosso]

Como podemos ver a seguir o entendimento resta totalmente pacificado a necessária comprovação do elemento subjetivo na análise, o que, não estando comprovado afasta por completo a aplicação da LIA.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO OU CULPA GRAVE) NA CONDUTA DO DEMANDADO. 1. É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que ‘Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10’ (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27.09.2011). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 975540 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0180690-1. Relator(a):Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124). Órgão Julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 17.11/2011 Data da Publicação/Fonte: DJe 28.11.2011)

No caso que segue, o prefeito de determinada cidade demitiu irregularmente servidores públicos sob o entendimento de “estar atendendo às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal”, no entanto, não restou comprovado que o agente quisesse prejudicar os demitidos, o erário, ou favorecer terceiros, vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DOLO E MÁ-FÉ. 1. É assente nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10. 2. No caso dos autos, as premissas fáticas assentadas pela origem dão conta de que o ex-prefeito demitiu irregularmente servidores públicos, sob o entendimento de "estar atendendo às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao reduzir as despesas com pessoal desnecessário". Não havendo comprovação do dolo de prejudicar os lesados, ou favorecer terceiros, dano ao erário, e que, tampouco, "o agente público agiu visando outro fim que não o bem

público". 3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo; e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. Precedente: REsp 1.149.427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 9.9.2010. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 81.766/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012) [grifo nosso]

É bem verdade que em alguns julgados mais antigos o STJ deixou de exigir a comprovação do elemento subjetivo para configuração do ato de improbidade previsto no art. 11, cumprindo frisar que se encontram superados, como nesses casos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA. 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma. (...)" (REsp 880.662/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 15/02/2007, DJ 01/03/2007, p. 255.)

No caso acima, restou assentado que, considerando a ocorrência de dano ao erário e ainda violação aos princípios da Administração Pública, desnecessária seria a comprovação se o gestor comportou-se com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário. Para o relator, Min. Castro Meira: “Nos quadrantes do Direito Penal, estar-se-ia diante de um crime formal ou de mera conduta, em oposição aos crimes materiais, para os quais e se exige um resultado no mundo fenomênico”.

Naquele momento, restava firmado o entendimento de que para as condutas do art. 11, da LIA não se exigiam o elemento subjetivo na conduta do agente, tampouco prova da lesão ao erário, sendo suficiente a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para configurar a infração.

Nesse mesmo sentido, outro julgado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n.º 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. 2. Recurso especial improvido" (REsp 826.678/GO, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 23.10.06). [grifo nosso]

O entendimento solidificado atualmente, no entanto é o da exigência de comprovação de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 ou ao menos a culpa grave no art. 10, culpa essa não

prevista na tipificação da LIA, que exige apenas “conduta culposa”, sendo esta uma interpretação do STJ. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL INDEVIDA NO CEMITÉRIO LOCAL POR OCASIÃO DO FERIADO DE FINADOS. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO. 1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10). 2. Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do servidor por improbidade administrativa: a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei 8.429/92), como se fossem igualmente reprováveis, pois objetivamente não o são. 3. O ato ilegal só adquire os 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 aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa). 4. No presente caso, a conduta imputada ao agravado consiste na suposta realização de promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de Finados que, utilizando-se de funcionários públicos municipais, fez com que estes, na madrugada do dia 2 de novembro de 2003, distribuísem por todos os túmulos existentes no cemitério municipal um botão de rosa acompanhado de cartão (fls. 10). 5. Na linha da orientação ora estabelecida, a sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido do Ministério Público por ter entendido ausentes o dolo ou a má-fé do recorrente. 6. Ocorre que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a ausência do elemento subjetivo (dolo) ao afirmar que, muito embora, a princípio, não se vislumbre má-fé na atitude do prefeito apelado, nem se tenha evidências de que teriam sido utilizados recursos financeiros públicos na empreitada motivadora do ajuizamento da presente ação, ao contrário (fls. 372), classifica esse mesmo comportamento como ato de improbidade administrativa. 7. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa. 8. Agravo Regimental do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desprovido.” (AgRg no AREsp 21662/SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0078141-5. Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133). Órgão Julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 07.02.2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 15.02.2012)

Inclusive, a culpa leve, para o STJ, correspondente à falta de diligência média, que um homem normal observa não é punível pela LIA, tendo em vista a aplicação do princípio da proporcionalidade. Havendo culpa grave, conforme entendimento deste tribunal, aquela que denota descuido excessivo, desleixo com a coisa pública, seria punida adequadamente, equiparando-se esta culpa ao dolo (CORTEZ, 2012)

Pelo entendimento do STJ, o dolo necessário na apreciação da conduta ímproba é o dolo que corresponde a má-fé civil, já estudada, que se caracteriza por uma espécie de vício

de consentimento, na intenção de prejudicar ou fraudar.

3.1 OUTRA POSIÇÃO

Importante elencar algumas críticas que são feitas a esse atual entendimento de obrigatória comprovação de dolo correspondente à má-fé civil, sendo nesse sentido a crítica do Juiz Eduardo Sousa, que aduz:

“A improbidade administrativa, embora cuide de responsabilização de natureza civil, necessita da configuração de um elemento subjetivo semelhante àquele do Direito Penal, ou seja, dolo e culpa. Note-se que a Lei 8.429/92, ao tratar do assunto, constou a expressão **conduta dolosa ou culposa** e, não, agir com dolo ou má-fé, confirmando a premissa ora adotada. Não se trata, pois, de boa-fé subjetiva ou objetiva.” (SOUSA, 2012)

Entende ainda que a LIA em nenhum momento restringiu as condutas ímprobas à demonstração de má-fé, mas apenas à configuração da ação dolosa ou culposa, e essa conduta dolosa não configuraria má-fé, mas sim a intenção livre e consciente de praticar uma conduta e obter determinado resultado (SOUSA, 2012).

Ou seja, o resultado almejado pelo agente é reflexo de uma valoração que constitui o motivo do agir, conscientemente reconhecido como tal e assim, o dolo integraria a ação, e seria parte “indecomponível, não podendo estar fora de seu ente real por força de exigências metodológicas. Todo comportamento é, em suma, teleológico e axiológico” (SOUSA, 2012).

Por seu entendimento, não seria necessária a configuração do dolo (e a culpa quando possível) de prejudicar, mas apenas a subsunção entre a conduta do agente e o tipo previsto na LIA, pois o elemento subjetivo estaria integrado na própria conduta do agente.

Embasando a crítica apresentada, no julgado a seguir entende o STJ que, a conduta do agente de não prestar contas viola a norma, mas não configura improbidade administrativa, por não ter demonstrado o dolo ao menos genérico.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. DOLO GENÉRICO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se na origem de ‘Ação Ordinária de Improbidade Administrativa’ movida pelo ora agravante contra ex-prefeito de Orizânia, em razão da ausência de prestação de contas referente a convênio. A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal de origem. 2. A despeito de fazer referência à inobservância de princípios, o agravante descarta a exposição dos elementos subjetivos que orientam a condenação de sujeitos com amparo no art. 11 da LIA. Incidência da Súmula 284/STF. 3. O Recurso Especial pressupõe uma violação objetiva decorrente da não prestação de contas, o que confronta com a necessidade de se demonstrar, ao menos, o dolo genérico para a condenação. Afinal, ‘o dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92’. (AgRg no AgRg

no Resp 1.191.095/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Dje 25.11.2011)

4. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no AREsp 9439/MG. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0050843-5.Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN (1132). Órgão Julgador: T2 – SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 13.03.2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 12.04.2012)

Ou seja, se o STJ reconhece a violação à norma, deveria enquadrar o ato como ímprobo, por força da presunção legal, sendo “impossível para o Direito penetrar na mente do indivíduo para identificar sua intenção. O chamado 'elemento subjetivo', ou seja, dolo e culpa, deve ser analisado por meio do exame objetivo de fatos” (SOUSA, 2012).

Como podemos concluir, a posição apresentada, além de absolutamente minoritária, apesar de também importante, leva em conta de que os elementos a serem apreciados na Ação de Improbidade Administrativa seriam correlatos aos elementos do Direito Penal, inclusive com o entendimento de que o ônus de comprovar que não agiu com dolo seria do réu e não do autor e que esse dolo não seria de forma alguma correspondente à má-fé cível.

No entanto, conforme vimos, o STJ possui jurisprudência consolidada na direção de que:

para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11, e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10 (AgRg no AREsp 20.747/SP – Rel. Min. Benedito Gonçalves)

Por tudo que pudemos observar com o presente estudo, verifica-se que esse dolo se configura na ciência da ilicitude da conduta, não se traduzindo na mera subsunção ao tipo previsto na norma.

Ademais, a responsabilidade objetiva só é possível quando expressamente prevista em lei, o que não é o caso das ações de improbidade administrativa, cujos dispositivos silenciam a esse respeito, aplicando-se, por óbvio a responsabilidade subjetiva.

CONCLUSÃO

O que se **pretendeu demonstrar com essa pesquisa foi toda a fundamentação doutrinária necessária à verificação do elemento subjetivo da conduta nas ações de improbidade administrativa.**

Buscamos explicar a posição tomada pelo STJ e seus motivos preponderantes, analisando, ainda que brevemente, as responsabilidades penal, cível, administrativa e constitucional, buscando entender qual delas é mais fortemente aplicada às condutas previstas como ímprobas pela Lei de Improbidade Administrativa, bem como de que forma se encontram presentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Considerando todos os elementos principiológicos trazidos pela Constituição Federal, verificamos que, para caracterização como improbo, o ato praticado pelo agente público tem que ser, além de irregular, praticado com dolo ou culpa grave, a depender do enquadramento legal da conduta. O elemento subjetivo da conduta do agente é o principal norteador para se verificar se o fato caracteriza-se como improbidade ou tão somente como irregular.

Analisamos ainda alguns conceitos de responsabilidade e elemento subjetivo das condutas cíveis, criminais, administrativas e constitucionais, que ofereceram o necessário embasamento teórico a fim de que, ao final, compreendemos o posicionamento majoritário em nosso país, representado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre esse posicionamento, entendemos que o mesmo é pautado em alguns alicerces. O primeiro é que, diante da forte carga sancionadora da LIA, não se pode punir o agente de forma objetiva, apenas adequando a atitude ao tipo legal, sobretudo considerando a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O segundo alicerce é que o magistrado precisa verificar a ocorrência não só da conduta presente no tipo penal, mas também o necessário elemento subjetivo da conduta, o dolo, neste caso, significando a prática do tipo previsto com a finalidade de lesar o erário, de ser desonesto, improbo.

O terceiro alicerce é que a improbidade administrativa, dada sua característica especial e cuja punição chega a restringir direitos constitucionalmente assegurados, como os direitos políticos, não poderá nunca ser aplicada em confusão com irregularidades administrativas, que têm na seara própria sua punição.

Analisamos ainda uma outra posição acerca do elemento subjetivo da conduta nas ações de improbidade administrativa, representada pela não concordância acerca da comparação entre dolo e má-fé.

Vimos que para essa corrente, minoritária, o dolo deverá ser reconhecido desde que o agente pratique a conduta tipificada, sendo o dolo de praticá-la suficiente para comprovação

da improbidade, desnecessária, por óbvio, a análise da intenção do agente, posição esta que, embora já aplicada pelo STJ em relação às condutas do art. 11, restou largamente superada.

A preocupação contida nessa posição se refere principalmente a difícil situação em que o magistrado é colocado quando do julgamento das ações de improbidade.

Dentro dos conceitos trazidos neste trabalho, percebemos que a Magistratura deverá atuar de forma eficaz, aplicando corretamente os preceitos constitucionais e infraconstitucionais de combate à improbidade, quando esta restar verificada, e construindo a visão de que a República deve servir ao Povo e que a função sancionadora da Lei 8429/92, mais que punir, visa educar para uma correta atuação da Administração Pública e seus agentes.

De fato, comprovar veementemente o elemento doloso, na forma que o STJ entende necessário, a título de má-fé civil, fica cada vez mais complicado, pois as formas de maquiagem os atos ímprobos estão sempre se renovando, sendo muitas vezes impossível que o Ministério Público e o magistrado em sua fundamentação encontrem atestados de desonestidade exarados pelo agente público réu, podendo ocorrer que, em dados casos concretos, reais afrontas a LIA sejam tidas como meras irregularidades e não punidas com o zelo necessário a fim de resguardar à Moralidade Administrativa, tão maculada.

Para tanto, resta a lição do Min. Ayres Brito de que “a Lei de Improbidade administrativa é uma lei revolucionária, porque ela modifica para melhor a nossa cultura. Afinal, é preciso rimar erário com sacrário, o que é o propósito dessa lei”¹⁹.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Paulo Osternack. O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa: uma análise do entendimento do STJ. **Migalhas**, 05 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI79352,51045-O+elemento+subjetivo+nas+acoes+de+improbidade+administrativa+uma>> Acesso em: 24 de junho de 2014.

¹⁹ Lei de Improbidade é revolucionária, diz Ayres Britto. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=208878>> Acesso em 26 de junho de 2014.

AZEVEDO, Reinaldo. Matéria de Capa – O custo da Corrupção no Brasil: R\$ 82 bilhões ao ano!!! **Veja online.** 22.10.2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/materia-de-capa-o-custo-da-corrupcao-no-brasil-r-82-bilhoes-por-ano/>> Acesso em 14 de junho de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Civil. 65. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código Penal. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código Penal Militar e Processo Militar. 11. ed. São Paulo: Rideel. 2013.

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

BRASIL. Lei Ordinária nº 8.429, 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. Lex: coletânea de legislação: edição federal. Diário Oficial da República do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume I, parte geral: art. 1º ao 120. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORTEZ, Giovana Guimarães. Ato de improbidade administrativa: elemento subjetivo e má-fé A imprescindibilidade da existência de má-fé para a configuração do ato ímprobo e a punibilidade dos tipos culposos de improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Giovana_Cortez.html> Acesso em: 28 jun. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito**: Um Suporte Axiológico para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (organizadores). Salvador : JusPODIVM.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas: 2012.

ENFAM. **Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/226475834/Apostila-improbidade-administrativa-pdf> Acesso em 17 de junho de 2014.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARANHÃO, Ney. Responsabilidade civil contemporânea: influência constitucional e novos paradigmas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3247, 22 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21818>. Acesso em: 26 jun. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, parte geral e especial**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Elci Simões de. A autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa e seu reflexo nas infrações e sanções da Lei nº 8.242/92 e no respectivo processo judicial. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. Manaus**, 2013. Disponível em http://www.tj.am.gov.br/esmam/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=15&Itemid=90 Acesso em 17 de junho de 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil: v. 4**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SABÓIA, Cássio Mota de. A má-fé como elemento subjetivo imprescindível à caracterização do ato de improbidade administrativa previsto nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3469, 30 dez. 2012. Disponível

em: <<http://jus.com.br/artigos/23354>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão da Reparação à diluição dos danos**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SOUSA, Eduardo Nepomuceno de. Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html>

Acesso em: 29 jun. 2014.

SOUSA, Fábio Torres de. Improbidade administrativa: 21 anos da Lei 8.429/92. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3976, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28695>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa. Profundidade e extensão das sanções. **Senado**. Brasília, ano 43, n. 170, abril/junho de 2006. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92820/Weichert%20Marlon.pdf?sequence=5>>

Referências Jurisprudenciais

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Regimental nº 1339336/MG**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília. 16 de março de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em: 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1260814/RN**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília. 25 de outubro de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em: 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 751.634/MG**. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1065588/SP**. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 21 de fevereiro de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 892.818/RS**. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 10 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 166.766/SE**. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 03 de setembro de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 975540/SP**. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 28 de novembro de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 81.766/MG**. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 880.662/MG**. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 03 de março de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 826.678/GO**. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 03 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de

junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 21.662/SP**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 15 de fevereiro de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 9.439/MG**. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acessado em 20 de junho de 2014.