

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.579.678 - PE (2016/0016095-4)

RELATOR	: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE	: [REDACTED]
ADVOGADO	: CLETO ARLINDO DA COSTA ALBUQUERQUE - PE014568
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES.	: [REDACTED]
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
INTERES.	: [REDACTED]
ADVOGADO	: ODIRLEY PRADO DE ARRUDA - PE028421

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FUNDAMENTADO NO ART. 10, I, DA LEI DE IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. DANO CONSUMADO NO INSTANTE EM QUE INVERTIDA A POSSE DO BEM SUBTRAÍDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO AGENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO, DIVERGINDO DO MINISTRO RELATOR.

1. Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa em razão da subtração de 40 (quarenta) caixas de papel offset, tamanho A-4, do acervo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. O material subtraído foi restituído à Administração Pública, após apreensão pela Polícia Federal em estabelecimento comercial, tendo sido o réu, ora recorrente, condenado com fundamento no art. 10, I, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).
2. É inquestionável que o recorrente e os demais réus, cada um com determinado comportamento, concorreram para a subtração de 40 caixas de papel offset pertencentes à ECT, o que, inequivocamente, causou prejuízo ao patrimônio público a partir do momento em que o bem foi retirado da empresa e esteve sob a posse dos réus. A subtração das caixas de papel gerou efetiva e ilícita diminuição de patrimônio da Administração Pública e a recuperação dos bens não apaga do mundo dos fatos seu antecedente lógico, o dano ao erário, que de fato ocorreu.
3. O ressarcimento ou restituição dos bens à Administração Pública por ato daquele que praticou a conduta ímpresa ou por ato de terceiro, como no caso, pode devolver o estado anterior das coisas para fins de aferição da responsabilidade pela reparação integral do prejuízo, todavia não faz desaparecer o ato de improbidade que gerou inicialmente o dano ao erário.
4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa (Presidente), negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Gurgel de Faria. Brasília (DF), 25 de abril de 2019(Data do Julgamento)

Superior Tribunal de Justiça

Documento: 1819678 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 04/06/2019

Página 1 de 5

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator p/ Acórdão



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.579.678 - PE (2016/0016095-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : [REDACTED]
ADVOGADO : CLETO ARLINDO DA COSTA ALBUQUERQUE - PE014568
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : [REDACTED]
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
INTERES. : [REDACTED]
ADVOGADO : ODIRLEY PRADO DE ARRUDA - PE028421

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial de JOSÉ SIQUEIRA DIAS JUNIOR, este enquadrado nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da CF/1988 e [REDACTED], com fulcro na alínea *a* do art. 105, III da CF/1988, a partir dos quais objetivam a reforma do arresto do Tribunal Regional Federal da 5a. Região, que contou com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. *Trata-se de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de um ex-empregado dos Correios e de dois particulares. Segundo o processo administrativo disciplinar que deu ensejo à presente, os réus concorreram, no dia 26/01/2006, para a subtração de 40 caixas de papel offset tamanho A-4, causando dano ao erário no valor de R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais);*

2. *Não há dúvida acerca da autoria e da materialidade dos fatos. Um dos réus confessou que fez uso de seu automóvel (uma Kombi) para ir buscar as caixa de papel, apesar de alegar desconhecimento de participaria de um "furto" - trata-se de tese completamente inverossímil, tendo em vista que o veículo precisou ser "adesivado" com a logomarca dos Correios, como se estivesse a serviço da empresa, e claramente não estava. O mesmo pode-se dizer de outro, que, vestido com fardamento de carteiro, mesmo sem ter nenhum vínculo com a empresa, ingressou no almoxarifado e pegou a mercadoria, como admitiu em depoimento no interrogatório policial (269/271, IPL). Já o terceiro réu, único que ostentava a condição de empregado da ECT, tergiversa que desconhecia os demais réus e que não teve nenhuma participação no ilícito, declaração negada por um corréu e também por testemunha;*

Superior Tribunal de Justiça

3. É fato que as caixas contendo as resmas de papel foram recuperadas pela Polícia Federal, pelo que o dano -- configurado desde o instante em que elas deixaram de estar sob poder da empresa -- não mais subsiste. A perda de sua atualidade, porém, não afasta a incidência da norma contida na LIA, Art. 10, 1, senão que apenas limita a punição aos implicados. Não se vai determinar o ressarcimento ao erário, por exemplo, haja vista o fato da recuperação do bem outrora desviado. Trata-se, enfim, de ilícito consumado (dano realizado), ainda que o prejuízo tenha sido sanado a posteriori (dano já desconstituído);

4. Em atenção à participação de cada réu no ilícito e considerando mais gravosa a conduta daquele que exercia o cargo público, condeno-o ao pagamento de multa no valor de duas vezes a remuneração percebida (a demissão já foi decretada em condenação criminal, nos termos da ACR 10307/PE): cada um dos demais réus, condeno-os ao pagamento de multa no valor equivalente à metade do valor fixado para o primeiro réu;

5. Apelação, nestes termos, provida (fls. 617/618).

2. Os Embargos de Declaração opostos contra o citado
aresto
foram rejeitados (fls. 630/634).

3. Nas razões de seu Recurso Especial, JOSÉ SIQUEIRA DIAS JÚNIOR vindica, além do reconhecimento de dissídio jurisprudencial, a reforma do arresto por alegada violação dos arts. 535, I e II do Código Buzaid, arts. 90., XI, 10, I e XII, 11, *caput* e 12 da Lei 8.429/1992, aos seguintes fundamentos: (a) apesar da oportuna veiculação de Embargos de Declaração, não foram afastados do arresto os apontados vícios, razão pela qual impõe-se a nulificação do julgado; (b) diante da não ocorrência de dano econômico a ser reparado, não estaria configurada a tipicidade da ação do embargante; (c) inexiste

Superior Tribunal de Justiça

consistência nas imputações do Órgão Acusador de que o requerido tenha concorrido para a consecução do ilícito.

4. Por sua vez, [REDACTED] pede a reforma do arresto por apontada violação do art. 10, I da Lei 8.429/1992, sob o argumento de que o réu terminou por ser penalizado por dano que, em tese, poderia ter sofrido os Correios, uma vez que o material apreendido jamais esteve longe da esfera de vigilância da autoridade policial. Postula a reforma do julgado, para que as sanções por improbidade sejam afastadas, uma vez reconhecida a ausência de tipo ímparo.

5. A Presidência do Tribunal de origem **deferiu** o processamento do Apelo Raro de JOSÉ SIQUEIRA, **indeferindo** o Recurso Especial de ADRIANO MEDEIROS, este que não formulou Agravo em Recurso Especial (fls. 676/677).

6. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República SANDRA CUREAU, opinou pelo *desprovimento* do recurso (fls. 690/694). Em síntese, é o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.579.678 - PE (2016/0016095-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : [REDACTED]
ADVOGADO : CLETO ARLINDO DA COSTA ALBUQUERQUE - PE014568
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : [REDACTED]
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
INTERES. : [REDACTED]
ADVOGADO : ODIRLEY PRADO DE ARRUDA - PE028421

VOTO VENCIDO

*DIREITO SANCIONADOR. RECURSO ESPECIAL.
PRETENSÃO DE NULIDADE DO ARRESTO POR ALEGADA
VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO BUZAI. SUPERAÇÃO DOS
ÓBICES SUMULARES E DA PRELIMINAR NULIFICADORA.*

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
AJUIZADA PELO MPF EM DESFAVOR DE EMPREGADO DOS
CORREIOS E DE OUTROS DOIS PARTICULARES, SOB A
ACUSAÇÃO DE QUE OS RÉUS TERIAM PRATICADO, EM JANEIRO
DE 2006, A APROPRIAÇÃO DE 40 CAIXAS DE PAPEL OFFSET
TAMANHO A4, O QUE TERIA CAUSADO DANO AO ERÁRIO NO
VALOR DE R\$ 4.800,00.*

*IMPUTAÇÃO PELOS ARTS. 9º, XI (APROPRIAÇÃO DE BENS
PÚBLICOS), 10, I (FACILITAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE
BENS PÚBLICOS) E 11, I (DESVIO DE FINALIDADE) DA LEI
8.429/1992.*

*SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA PELO TRF DA 5a.
REGIÃO, PARA IMPOR AO AGENTE PÚBLICO A SANÇÃO DE MULTA
CIVIL NO VALOR DE DUAS VEZES A SUA REMUNERAÇÃO E O
VALOR EQUIVALENTE À METADE DESSA PENA EM RELAÇÃO AOS
DEMAIS RÉUS.*

*A CONDENAÇÃO PELO TRF DA 5a. REGIÃO SE DEU PELO
ART. 10 DA LIA, DISCIPLINADOR DO ATO ÍMPROBO DANOSO AO
ERÁRIO. CONTUDO, LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS NÃO
OCORREU NA ESPÉCIE, POR SE TRATAR DE TENTATIVA, UMA VEZ
QUE A POLÍCIA FEDERAL LOGO EFETUOU PRISÃO EM
FLAGRANTE DOS RÉUS, COM APREENSÃO DAS RESMAS DE
PAPEL E PRONTA DEVOLUÇÃO AOS CORREIOS, NÃO SE
CONSUMANDO A APROPRIAÇÃO DO BEM PÚBLICO A QUE ALUDE
O ART. 10 DA LIA.*

Superior Tribunal de Justiça

AO CONTRÁRIO DO CRIME DE FURTO, NO QUAL, PARA A CONSUMAÇÃO, BASTA A SIMPLES INVERSÃO DA POSSE, SEM EXIGIR-SE POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA, O ATO ÍMPROBO DE APROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS DEMANDA ATO CONTINUADO, QUE EFETIVAMENTE SEJA CAPAZ DE TRANSFERIR O BEM DA COLETIVIDADE PARA A ESFERA PARTICULAR, O QUE NÃO OCORREU NA PRESENTE DEMANDA. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO DOS ACIONADOS RESTAURADA.

PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL DOS DEMANDADOS CONHECIDO E PROVIDO PARA RESTABELECER A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, COM EXPANSÃO SUBJETIVA AOS RÉUS QUE NÃO RECORRERAM.

1. *Se a Corte de origem se pronuncia integralmente sobre os pontos essenciais ao deslinde da controvérsia, promovendo o acertamento das relações jurídicas, tal como se verifica na presente demanda, não há sede para o reconhecimento de ofensa, pelo julgado recorrido, do art. 535 do Código Buzaid. Preliminar de nulidade suscitada pelo recorrentes rejeitada, por se verificar que a jurisdição ordinária foi plenamente esgotada. Igualmente, não se detecta, no contexto destes autos, qualquer óbice legal, regimental ou sumular que corte o conhecimento do mérito da questão. Por essas razões, impõe-se o seu pleno exame meritório.*

2. *Trata-se de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa ajuizada pelo MPF em desfavor de Empregado Público da ECT e de outros dois Particulares, com imputação calcada nos arts. XI (apropriação de bens públicos), 10, I (facilitação de incorporação de bens públicos) e 11, I (desvio de finalidade) da lei 8.429/1992. A acusação é a de que o Empregado dos Correios, em concurso com dois agentes, teria praticado, em janeiro de 2006, a apropriação de 40 caixas de papel tamanho A4, resultando em dano aos cofres públicos no valor de R\$ 4.800,00.*

3. *Houve sentença absolutória da acusação, sob a premissa de que o pretenso dano ao Erário não chegou a se configurar ante a diligência da Polícia Federal, que aprendera os bens subtraídos (...). Sem efetivo prejuízo material à ECT, impossível o enquadramento da conduta que lhe seja ofensiva em qualquer dos incisos do art. 10 da Lei 8.429/92 (fls. 539).*

Superior Tribunal de Justiça

4. Contudo, no acórdão proferido pelo TRF da 5a. Região, a sentença de absolvição foi reformada, para impor aos réus a penalidade de multa civil, na seguinte forma: (a) para o Empregado da ECT, 2 vezes a remuneração do Agente Público; e (b) para os outros dois acionados, o importe, para cada um, correspondente à metade do valor fixado ao Empregado. A Corte Regional, para condenar os réus, adotou a fundamentação de que é fato que as caixas contendo as resmas de papel foram recuperadas pela Polícia Federal, pelo que o dano – configurado desde o instante em que elas deixaram de estar sob poder da empresa – não mais subsiste. A perda de sua atualidade, porém, não afasta a incidência da norma contida na LIA, art. 10, I, senão que apenas limita a punição aos implicados (fls. 612).

5. Ao que se dessume da presente demanda, trata-se de conduta ilícita que não chegou a se consumar por pronta intervenção da Polícia Federal. **A figura da tentativa não tem previsão na Lei de Improbidade Administrativa**, razão pela qual não pode ser aplicada nessa esfera sancionadora. Não se admite a punição da tentativa da prática de atos que importem enriquecimento ilícito, pois somente haverá a improbidade no caso de consumação da conduta, adverte a Professora e Procuradora Federal RENATA ELISANDRA DE ARAUJO (Os principais aspectos da Lei de Improbidade Administrativa. Revista da AGU. Brasília, v. 9, n. 26, out/dez 2010, p. 315-336).

6. Em artigo intitulado *Reflexões sobre a Aplicação de Institutos Penais aos Atos Ímparobos*, publicado na Revista de Direito da Administração Pública, a Professora CAMILA PAULA DE BARROS GOMES registra que, ao contrário do que faz o Código Penal, a Lei de Improbidade não trata da tentativa. Por ser instrumento tipicamente relacionado aos delitos criminais, não costuma estar prevista em legislações de natureza civil, como é o caso da Lei 8.429/92. Assim, não há qualquer embasamento legal para se falar em tentativa de improbidade (Revista de Direito da Administração Pública, ano 3, v. 1, n. 1, jan/jul, 2018, p. 43). A Professora acena com a possibilidade de ser aplicado o art. 11 da Lei de Improbidade, tipificador da ofensa a princípios reitores administrativos, em imputação subsidiária às hipóteses de tentativa de prática de ato ímparobo. Dessa opinião comungam os Professores JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, EMERSON GARCIA e o Professor e Ministro ALEXANDRE DE MORAES.

Superior Tribunal de Justiça

7. Contudo, na espécie, ainda que fosse hipoteticamente possível a aplicação subsidiária do art. 11 da LIA em caso de improbidade tentada, **o acórdão não faz menção alguma ao referido dispositivo lançado ao caso, de fato, à conta do art. 10, I da Lei de Improbidade (fls. 612 e 617), dispositivo disciplinador dos atos causadores de lesão aos cofres públicos.** Muito embora tenha havido acusação pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, a condenação proferida pela Corte Regional não veio timbrada no art. 11 da Lei de Improbidade, mas tão somente no art. 10, significando que **o acórdão não considerou, para a espécie, qualquer nota de ofensa aos princípios da Administração Pública.**

8. Com efeito, a Corte Regional reconhece expressamente que o **dano não subsiste** (fls. 612). Tanto é que não impõe aos réus a sanção de ressarcimento ao Erário, muito embora tenha mantido a tipificação lastreada no art. 10, I da Lei 8.429/1992, este que exige o efetivo e inofismável **desfalque aos cofres públicos.** Noutras palavras, note-se a contradição do arresto regional: sobreveio condenação com base em tipo improbo alusivo ao dano aos cofres públicos (art. 10, I da LIA), mas com proclamação de ausência de malbaratamente à coisa pública e sem imposição de sanção de ressarcimento aos cofres públicos.

9. Naturalisticamente, ou seja, acerca daquilo que é, e não daquilo que poderia ser ou pareça ser, **inocorreu dano aos cofres públicos**, pois as caixas contendo as resmas de papel foram pronta e integralmente recuperadas pelo Órgão Policial mediante flagrante, **não se consumando a figura típica da apropriação do bem público em direção ao patrimônio particular.** Frise-se: a apropriação do bem público não pode ser comparada ao furto, pois o tipo improbo tem como essência a prática de enriquecimento ilícito e de lesão aos cofres da coletividade, **demandando-se a transferência duradoura e contínua do bem público para patrimônio particular.** Na espécie, ocorreu a **flagrância da prisão dos agentes (fls. 541)**, motivo pelo qual nada do patrimônio público se lhes foi incorporado ou apropriado.

10. Bem por isso, sendo impossível a tentativa no âmbito da improbidade e tendo-se como incontroverso que o próprio acórdão afasta a ocorrência de dano, dada a pronta recuperação das resmas de papel pela Polícia Federal (inocorrência de apropriação do bem

Superior Tribunal de Justiça

público pelos demandados), a sentença absolutória deve ser restaurada, pois **não há fato típico improbo lesivo ao Erário.**

11. É essencial registrar que o caso não é levado à impunidade por se afastar a aplicação da Lei 8.429/1992, como se poderia equivocadamente pensar. O acórdão noticia que os réus foram condenados criminalmente, inclusive com a imposição da perda de cargo que era exercido pelo Empregado da ECT (fls. 613). Propõe-se, neste julgamento, apenas o devido controle de legalidade acerca da correta aplicação da lei federal no tocante ao que é a **tipicidade.**

12. *Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.*

Recurso Especial dos Demandados conhecido e provido para restabelecer a sentença absolutória, com expansão subjetiva aos réus não recorrentes.

1. Se a Corte de origem se pronuncia integralmente sobre os pontos essenciais ao deslinde da controvérsia, promovendo o acertamento das relações jurídicas, tal como se verifica na presente demanda, não há sede para o reconhecimento de ofensa, pelo julgado recorrido, do art. 535 do Código Buzaid.

2. Na presente demanda, a parte vinda a reconhecimento de violação do art. 535 do Código Buzaid, sob a compreensão de que teria havido contradição e obscuridade no seguinte ponto: *o provimento à Apelação interposta pelo MPF é contraditório, ao se alegar a existência de dano ao erário, quando, em verdade, como se pode concluir no bojo da própria decisão, registrou-se a ausência de qualquer dano econômico a ser reparado, que possa evidenciar a causalidade entre o comportamento ilícito e o efetivo dano patrimonial daí resultante (fls. 644/645).*

Superior Tribunal de Justiça

3. Contudo, referido ponto não foi relegado ao oblívio pelo acórdão que respondeu os aclaratórios, consoante se verifica do seguinte excerto:

Embora não fosse necessário, aduzo que a decisão recorrida entendeu configurado o dano (com a subtração do material), ainda quando, em dias de hoje, não mais subsistisse (porque o material foi recuperado).

É certo, ademais, que a tipicidade formulada pode ser questionada, mas não através da via presente, porque não existem lacunas, contradições e/ou obscuridades suscetíveis de abordagem (fls. 632).

4. Ao que se dessume do cenário endoprocessual, a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrentes deve ser rejeitada, por se verificar que a jurisdição ordinária foi plenamente esgotada. Igualmente, não se detecta, no contexto destes autos, qualquer óbice legal, regimental ou sumular que corte o conhecimento do mérito da questão. Por essas razões, impõe-se o seu pleno exame meritório.

5. Trata-se de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa ajuizada pelo MPF em desfavor de Empregado Público da ECT e de outros dois Particulares, com imputação calcada nos arts. XI (apropriação de bens públicos), 10, I (facilitação de incorporação de bens públicos) e 11, I (desvio de finalidade) da Lei 8.429/1992. A acusação é a de que o Empregado dos Correios, em concurso com dois agentes, teria praticado, em janeiro de 2006, a apropriação de 40 caixas de papel tamanho A4, resultando em dano aos cofres públicos no valor de R\$ 4.800,00.

Superior Tribunal de Justiça

6. Houve sentença absolutória da acusação, sob a premissa de que o pretenso dano ao Erário *não chegou a se configurar ante a diligência da Polícia Federal, que aprendera os bens subtraídos (...). Sem efetivo prejuízo material à ECT, impossível o enquadramento da conduta que lhe seja ofensiva em qualquer dos incisos do art. 10 da Lei 8.429/92* (fls. 539).

7. Contudo, no acórdão proferido pelo TRF da 5a. Região, a sentença de absolvição foi reformada, para impor aos réus a penalidade de multa civil, na seguinte forma: (a) para o Empregado da ECT, 2 vezes a remuneração do Agente Público; e (b) para os outros dois acionados, o importe, para cada um, correspondente à metade do valor fixado ao Empregado. A Corte Regional, para condenar os réus, adotou a fundamentação de que *é fato que as caixas contendo as resmas de papel foram recuperadas pela Polícia Federal, pelo que o dano – configurado desde o instante em que elas deixaram de estar sob poder da empresa – não mais subsiste. A perda de sua atualidade, porém, não afasta a incidência da norma contida na LIA, art. 10, I, senão que apenas limita a punição aos implicados* (fls. 612).

8. Ao que se dessume da presente demanda, trata-se de conduta ilícita que não chegou a se consumar por pronta intervenção da Polícia Federal. **A figura da tentativa não tem previsão na Lei de Improbidade Administrativa**, razão pela qual não pode ser aplicada nessa esfera sancionadora.

9. *Não se admite a punição da tentativa da prática de atos que*

Superior Tribunal de Justiça

importem enriquecimento ilícito, pois somente haverá a improbidade no caso de consumação da conduta, adverte a Professora e Procuradora Federal RENATA ELISANDRA DE ARAUJO (Os principais aspectos da Lei de Improbidade

Administrativa. Revista da AGU. Brasília, v. 9, n. 26, out/dez 2010, p. 315-336).

10. Em artigo lançado na obra *Improbidade Administrativa - Temas atuais e controvertidos* (2017), coordenada pelo ilustre Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, leciona o Professor e Jurista RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS que a tentativa deve ser punida com a pena correspondente ao crime consumado, com descréscimo de um a dois terços (art. 14, parág. único do Código Penal) e que ***dita diminuição é impossível de ser utilizada no ambiente da LIA, já que esta fez previsão de critérios diferenciados, exaustivamente, alinhavados nos incisos do art. 12, no que toca à aplicação das sanções decorrentes da prática de atos improbos*** (Improbidade Administrativa - Temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 331). O Professor acena com a possibilidade de ser aplicado o art. 11 da Lei de Improbidade, tipificador da ofensa a princípios reitores administrativos, em imputação subsidiária às hipóteses de tentativa de prática de ato ímparo.

11. Contudo, na espécie, ainda que fosse hipoteticamente possível a aplicação subsidiária do art. 11 da LIA em caso de improbidade tentada, ***o acórdão não faz menção alguma ao referido dispositivo lançado ao caso, de fato, à conta do art. 10, I da Lei de Improbidade (fls. 612 e 617), dispositivo disciplinador dos atos causadores de lesão aos cofres públicos.*** Muito embora tenha havido acusação pelos

Superior Tribunal de Justiça

arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, a condenação proferida pela Corte Regional não veio timbrada no art. 11 da Lei de Improbidade, mas tão somente no art. 10, significando que **o acórdão não considerou, para a espécie, qualquer nota de ofensa aos princípios da Administração Pública.**

12. Com efeito, a Corte Regional reconhece expressamente que o **dano não subsiste** (fls. 612). Tanto é que não impõe aos réus a sanção de ressarcimento ao Erário, muito embora tenha mantido a tipificação lastreada no art. 10, I da Lei 8.429/1992, este que exige o efetivo e insofismável **desfalque aos cofres públicos**. Noutras palavras, note-se a contradição do arresto regional: sobreveio condenação com base em tipo ímpreto alusivo ao dano aos cofres públicos (art. 10, I da LIA), mas com proclamação de ausência de malbaratamente à coisa pública e sem imposição de sanção de ressarcimento aos cofres públicos.

13. Naturalisticamente, ou seja, acerca *daquilo que é*, e não *daquilo que poderia ser ou pareça ser*, **inocorreu dano aos cofres públicos**, pois as caixas contendo as resmas de papel foram pronta e integralmente recuperadas pelo Órgão Policial mediante flagrante, **não se consumando a figura típica da apropriação do bem público em direção ao patrimônio particular**. Frise-se: a apropriação do bem público não pode ser comparada ao furto, pois o tipo ímpreto tem como essência a prática de enriquecimento ilícito e de lesão aos cofres da coletividade, **demandando-se a transferência duradoura e contínua do bem público para patrimônio particular**. Na espécie, ocorreu a **flagrância da prisão dos agentes** (fls. 541), motivo pelo qual nada do patrimônio público se lhes foi incorporado ou apropriado.

Superior Tribunal de Justiça

14. Bem por isso, sendo impossível a tentativa no âmbito da improbidade e tendo-se como incontroverso que o próprio acórdão afasta a ocorrência de dano, dada a pronta recuperação das resmas de papel pela Polícia Federal (inocorrência de apropriação do bem público pelos demandados), a sentença absolutória deve ser restaurada, pois **não há fato típico improbo lesivo ao Erário.**

15. É essencial registrar que o caso não é levado à impunidade por se afastar a aplicação da Lei 8.429/1992, como se poderia equivocadamente pensar. O acórdão noticia que os réus foram condenados criminalmente, inclusive com a imposição da perda de cargo que era exercido pelo Empregado da ECT (fls. 613). Propõe-se, neste julgamento, apenas o devido controle de legalidade acerca da correta aplicação da lei federal no tocante ao que é a **tipicidade**.

16. Mercê do exposto, conhece-se do Recurso Especial dos Demandados e a ele se dá provimento para restabelecer a sentença absolutória, com expansão subjetiva aos réus não recorrentes. É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.579.678 - PE (2016/0016095-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : [REDACTED]

ADVOGADO : CLETO ARLINDO DA COSTA ALBUQUERQUE - PE014568

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES. : [REDACTED]

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

INTERES. : [REDACTED]

ADVOGADO : ODIRLEY PRADO DE ARRUDA - PE028421

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FUNDAMENTADO NO ART. 10, I, DA LEI DE IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. DANO CONSUMADO NO INSTANTE EM QUE INVERTIDA A POSSE DO BEM SUBTRAÍDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO AGENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVADO, DIVERGINDO DO MINISTRO RELATOR.

1. Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa em razão da subtração de 40 (quarenta) caixas de papel offset, tamanho A-4, do acervo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. O material subtraído foi restituído à Administração Pública, após apreensão pela Polícia Federal em estabelecimento comercial, tendo sido o réu, ora recorrente, condenado com fundamento no art. 10, I, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).
2. É inquestionável que o recorrente e os demais réus, cada um com determinado comportamento, concorreram para a subtração de 40 caixas de papel offset pertencentes à ECT, o que, inequivocamente, causou prejuízo ao patrimônio público a partir do momento em que o bem foi retirado da empresa e esteve sob a posse dos réus. A subtração das caixas de papel gerou efetiva e ilícita diminuição de patrimônio da Administração Pública e a recuperação dos bens não apaga do mundo dos fatos seu antecedente lógico, o dano ao erário, que de fato ocorreu.
3. O ressarcimento ou restituição dos bens à Administração Pública por ato daquele que praticou a conduta ímproba ou por ato de terceiro, como no caso, pode devolver o estado anterior das coisas para fins de aferição da responsabilidade pela reparação integral do prejuízo, todavia não faz desaparecer o ato de improbidade que gerou inicialmente o dano ao erário.
4. Recurso especial não provido.

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de recurso especial interposto por José Siqueira Dias Junior, face acórdão do Tribunal Regional Federal da 5^a Região - TRF5, assim ementado (fls. 617-618):

Superior Tribunal de Justiça

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. Trata-se de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de um ex-empregado dos Correios e de dois particulares. Segundo o processo administrativo disciplinar que deu ensejo à presente, os réus concorreram, no dia 26/01/2006, para a subtração de 40 caixas de papel offset tamanho A-4, causando dano ao erário no valor de R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais);
2. Não há dúvida acerca da autoria e da materialidade dos fatos. Um dos réus confessou que fez uso de seu automóvel (uma Kombi) para ir buscar as caixas de papel, apesar de alegar desconhecimento de que participaria de um "furto" - trata-se de tese inverossímil, tendo em vista que o veículo precisou ser "adesivado" com a logomarca dos Correios, como se estivesse a serviço da empresa, e claramente não estava. O mesmo pode-se dizer de outro, que, vestido com fardamento de carteiro, mesmo sem ter nenhum vínculo com a empresa, ingressou no almoxarifado e pegou a mercadoria, como admitiu em depoimento no interrogatório policial (269/271, IPL). Já o terceiro réu, único que ostentava a condição de empregado da ECT, tergiversa que desconhecia os demais réus e que não teve nenhuma participação no ilícito, declaração negada por um corréu e também por uma testemunha;
3. É fato que as caixas contendo as resmas de papel foram recuperadas pela Polícia Federal, pelo que o dano - configurado desde o instante em que elas deixaram de estar sob poder da empresa - não mais subsiste. A perda de sua atualidade, porém, não afasta a incidência da norma contida na LIA, Art. 10, I, senão que apenas limita a punição dos implicados. Não se vai determinar o resarcimento ao erário, por exemplo, haja vista o fato da recuperação do bem outrora desviado. Trata-se, enfim, de ilícito consumado (dano realizado), ainda que o prejuízo tenha sido sanado *a posteriori* (dano já desconstituído).
4. Em atenção à participação de cada réu no ilícito e considerando mais gravosa a conduta daquele que exercia o cargo público, condeno-o ao pagamento de multa no valor de duas vezes a remuneração percebida (a demissão já foi decretada em condenação criminal, nos termos da ACR 10307/PE); cada um dos demais réus, condeno-os ao pagamento de multa no valor equivalente à metade do valor fixado para o primeiro réu;
5. Apelação, nestes termos, provida.

Os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente foram rejeitados às fls. 630-634.

No recurso especial, alega-se, além do dissídio jurisprudencial, a ofensa ao art. 535, I e II, do CPC/1973, em razão de vício no acórdão recorrido quanto à ocorrência, ou não, de dano ao patrimônio público para fins de configuração do ato ímprebo, e aos arts. 9º, XI, 10, I, 11, *caput*, I, da Lei n. 8.429/1992, pois o ato praticado não pode ser enquadrado nos referidos normativos, o que afasta a sua condenação por improbidade administrativa.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso especial, nos seguintes termos (fls. 690-694):

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. I – VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC DE 1973 NÃO VERIFICADA. II – ARTS. 9º, XI, E 11, CAPUT E INCISO I, DA LEI N° 8.429/92. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. III - ALTERAR AS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUANTO À AUTORIA E MATERIALIDADE DOS FATOS OBJETO DA DEMANDA IMPLICA REEXAME DE PROVAS, PROVIDÊNCIA VEDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. IV – PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto pelo provimento do recurso especial.

Com as mais respeitosas vêrias ao Relator, dele divirjo. E assim o faço a seguir.

Segundo consta da sentença (fl. 538), o Ministério Público Federal ajuizou a ação de improbidade administrativa contra o recorrente porque ele, como empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, teria facilitado o desvio de 40 caixas de papel offset, contratando terceiros para retirar o referido material da empresa pública.

Do relatório e voto contidos no acórdão recorrido (fls. 609-618), extraio que o recorrente, empregado dos Correios, juntamente com outras duas pessoas, estranhas aos quadros da empresa, teriam concorrido para a subtração de 40 caixas de papel offset A4, contendo, ao todo, 400 resmas. A Corte de origem, ao analisar a questão, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal e condenou os réus com fundamento no art. 10, I, da Lei de Improbidade Administrativa.

O recorrente, em síntese, foi condenado ao pagamento de multa no valor de 2 vezes a remuneração percebida à época dos fatos, tendo sido consignado que a sua demissão foi determinada anteriormente por meio de condenação criminal por peculato-furto (ACR 10307/PE). Em sede de recurso especial, não nega a ocorrência dos fatos narrados na sentença e acórdão.

Feitas essas breves considerações, evidencia-se que o que se está a decidir aqui é a ofensa

Superior Tribunal de Justiça

ao inciso I do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, pois, segundo o recorrente, sua conduta não se amolda ao referido normativo, notadamente em razão de ter sido observado pela Corte de origem a não “subsistência” do dano ao erário.

Para fins de explicitação do que decidido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, confira-se o seguinte fragmento do voto condutor do acórdão (fl. 612):

É fato que as caixas contendo as resmas de papel foram recuperadas pela Polícia Federal, pelo que o dano -- **configurado desde o instante em que elas deixaram de estar sob poder da empresa -- não mais subsiste. A perda de sua atualidade**, porém, não afasta a incidência da norma contida na LIA, Art. 10, I, senão que apenas limita a punição aos implicados (grifo nosso).

Ao que se tem dos autos, é inquestionável que o recorrente e os demais réus, cada um com determinado comportamento, concorreram para a subtração de 40 caixas de papel offset pertencentes à ECT, o que, inequivocamente, causou prejuízo ao patrimônio público a partir do momento em que o bem foi retirado da empresa e esteve sob a posse dos réus.

Assim, o instante em que o dano à Administração Pública ocorreu está devidamente determinado. No caso, houve a posse tranquila do bem público por parte dos agentes, ainda que por breve período de tempo, pois a recuperação se deu no mesmo dia em um estabelecimento comercial da cidade.

A propósito, tratando-se de direito sancionador a regular as punições por ocasião da ocorrência de fatos ilícitos atribuídos às áreas cível e administrativa, convém observar o seguinte precedente sobre o momento da ocorrência do ilícito penal, respeitada, evidentemente, a independência entre as instâncias. Confira-se:

HABEAS CORPUS. PECULATO-FURTO (ARTIGO 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). SUBTRAÇÃO DE FOLHAS DE CHEQUE DA PREFEITURA POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE ATUAVA COMO VIGIA. DESCONTO DE UMA DAS CÁRTULAS EM AGÊNCIA BANCÁRIA. DESNECESSIDADE DE POSSE DO DINHEIRO, VALOR OU OUTRO BEM EM RAZÃO DO CARGO OCUPADO. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. É típica a conduta de funcionário público, vigia de Prefeitura, que, aproveitando-se dessa condição, subtrai folhas de cheque pertencentes ao Município logrando descontar uma delas em agência bancária.
2. Para a configuração do delito de peculato-furto não é necessário que o agente detenha a posse de dinheiro, valor ou outro bem móvel em razão do cargo que ocupa,

Superior Tribunal de Justiça

exigindo-se apenas que a sua qualidade de funcionário público facilite a prática da subtração.

3. **O crime do artigo 312, § 1º, do Código Penal se consuma quando o agente consegue subtrair o dinheiro, valor ou bem, mantendo a posse tranquila sobre a coisa, ainda que por breve espaço de tempo.**

[...]

2. Ordem conhecida parcialmente e, nessa extensão, denegada (HC 145.275/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 02/08/2010, grifo nosso).

Desse modo, o fato de a recuperação do bem público ter sido feita em outro local, por intervenção da Polícia Federal, não afasta a ocorrência do dano ao erário. Sim, pois a referida recuperação, ou a insubsistência do dano, tal como tratada pela Corte de origem, está associada ao ato de ressarcimento integral (restabelecimento do patrimônio público), o que encontra previsão entre as cominações contidas no artigo 12 da Lei n. 8.429/1992, mas não apaga do mundo dos fatos o seu antecedente lógico, qual seja, o dano ao erário, como de fato ocorrido.

É dizer, o ressarcimento ou restituição dos bens à Administração Pública por ato daquele que praticou a conduta ímproba ou por ato de terceiro, como no caso, pode devolver o estado anterior das coisas para fins de aferição da responsabilidade pela reparação integral do prejuízo, todavia não faz desaparecer o ato de improbidade que gerou inicialmente o dano ao erário.

Diante do exposto, peço vêrias ao eminente Ministro Relator para **negar provimento** ao recurso especial.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2016/0016095-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.579.678 / PE

Números Origem: 00110785820114058300 110785820114058300

EM MESA

JULGADO: 25/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE

: [REDACTED]

ADVOGADO

: CLETO ARLINDO DA COSTA ALBUQUERQUE - PE014568

RECORRIDO

: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.

: [REDACTED]

ADVOGADO

: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

INTERES.

: [REDACTED]

ADVOGADO

: ODIRLEY PRADO DE ARRUDA - PE028421

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa (Presidente), negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Gurgel de Faria.

Superior Tribunal de Justiça

Documento: 1819678 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 04/06/2019

Página 20 de 5

