

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.450.113 - RN (2013/0238577-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
RECORRIDO : JOSÉ HUMBERTO DE LIMA
ADVOGADOS : MARIANA AMARAL DE MELO
LUIS GUSTAVO ALVES SMITH
RECORRIDO : MARCONDES RODRIGUES PINHEIRO
ADVOGADO : JACIRATAN DAS GRAÇAS DE AGUIAR RAMOS FILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : FRANCISCO FLÁVIO MELO DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSÉ HUMBERTO DUTRA DE ALMEIDA
RECORRIDO : AFRÂNIO REIS CAVALCANTI
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTERES. : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF) interposto contra acórdão cuja ementa é a seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA SUSCITADA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL RECORRENTE, TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. MÉRITO: REQUERIMENTO PARA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL NO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. DESNECESSIDADE. FATOS QUE DÃO SUPORTE AO PEDIDO INICIAL SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADOS. REABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA QUE NÃO SE, MOSTRA ESSENCIAL PARA O JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE NO EMPREGO DE: VERBA PÚBLICA, PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. EFETIVA RESTITUIÇÃO PROMOVIDA ESPONTANEAMENTE PELOS AGENTES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE CONVENÇAM DA APROPRIAÇÃO ILÍCITA - VALORES PELOS SERVIDORES, IRREGULARIDADE NA GESTÃO DO ORÇAMENTO QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO ATO DE IMPROBIDADE. COMPLETA AUSÊNCIA DE DOLO, ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

Não foram opostos Embargos de Declaração.

O recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu violação dos arts. 9º, XII, 10, IX, e 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, sob o argumento de que as modalidades de improbidade administrativa descritas nos citados artigos teriam restado caracterizadas em razão de os agentes terem utilizado recursos públicos para pagamento de despesas particulares. Seriam dois os argumentos que justificariam a configuração de tais atos: não se exigiria para tanto a ocorrência de dano ao patrimônio público, sendo certo que a restituição dos valores desviados não excluiria a prática do ato ímparo; seria prescindível a existência de dolo específico, bastando o dolo genérico de praticar ato contrário aos princípios que regem a Administração Pública.

Contra-razões apresentadas às fls. 775-789.

O MPF opinou pelo provimento do recurso.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.450.113 - RN (2013/0238577-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Os autos se referem à Ação de Improbidade movida contra Marcondes Rodrigues Pinheiro, José Humberto de Lima, Afrânio Reis Cavalcanti e Francisco Flávio Melo dos Santos, respectivamente, Comandante-Geral da Polícia Militar do Rio Grande do Norte e policiais militares, pela prática de atos de improbidade administrativa relativos à utilização de recursos públicos pertencentes à instituição policial para pagamento de despesas particulares em restaurantes, bem como para presentear esposas de oficiais com bolsas e sapatos, totalizando um desvio de R\$ 5.000,35 (cinco mil reais e trinta e cinco centavos).

O recurso deve ser provido parcialmente. Senão vejamos:

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte sustenta que ocorreu violação dos arts. 9º, XII, 10, IX, e 11, *caput*, da Lei 8.429/1992.

Os citados dispositivos dispõem :

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta

Superior Tribunal de Justiça

contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Embora as três modalidades de atos ímparos possam coexistir, havendo hipóteses em que agente público realiza as três categorias desses atos discriminadas na lei (os que importam enriquecimento ilícito; os lesivos ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública); não é o que se verifica no caso em exame, em que há concorrência de normas, sendo impossível cumular todos os artigos e as respectivas sanções, sob pena de *bis in idem*.

As condutas dos recorridos, portanto, somente podem se subsumir a um dos três artigos supra copiados.

No caso em tela, o acórdão recorrido reconheceu que os agentes praticaram atos de improbidade previstos no art. 9º, XII, da Lei de Improbidade Administrativa, pois constou do voto condutor (fls. 730, e-STJ) (grifei):

Conforme amplamente, demonstrado no curso da lide, tem-se que os demandados, no uso de suas atribuições públicas, utilizaram valores titularizados pela Policia Militar do Rio Grande do Norte para pagamento de despesas em diversos estabelecimentos do comércio local, totalizando as operações o valor de R\$ 5.000,35 (cinco mil reais e trinta e cinco centavos).

Verifica-se da descrição feita pelo Tribunal de origem que os atos realizados pelos recorridos amoldam-se perfeitamente ao disposto no citado art. 9º, XII, da lei 8.429/1992, acima transcrito.

Outros fragmentos do acórdão recorrido igualmente são explícitos ao descrever, em reiteradas oportunidades, a improbidade praticada, a despeito da errônea qualificação jurídica dada pela Corte local (grifei):

Para o caso, em que pese a notória inabilidade dos agentes recorridos no emprego do dinheiro público, não se vislumbra o intento de lograrem vantagem indevida em decorrência da função exercida.

Resta inequívoco que os requeridos efetivamente utilizaram valores depositados em conta corrente titularizada pela Policia Militar do Rio Grande do Norte para o custeio de algumas despesas não diretamente relacionadas com as atividades próprias de segurança

Superior Tribunal de Justiça

publica, contudo tal desvio de finalidade não se mostra atentatório a princípios basilares da atividade administrativa pelo menos para que haja configuração da prática ímpresa.

(...)

Como dito anteriormente, de uma análise joeirada dos autos, constata-se que, de fato, os recorridos se utilizaram de verbas próprias da Policia Militar do Rio Grande do Norte para Finalidade diversa, contudo, sem buscarem com tal procedimento atentar contra a Administração Pública, ou mesmo lograr vantagem ou benefício pessoal.

No caso, mesmo tendo havido irregularidade na constituição da despesa, não se poderia jamais posicionar tal procedimento como lesão de maior intensidade, de modo a causar transgressão de gravidade suficiente para ensejar a sanção por improbidade administrativa.

O lastro probatório reunido nos presentes autos, muito embora demonstre a inabilidade do agente estatal para a gerência do orçamento da instituição, não revela sua volitividade para a prática de atos em atentado ao acervo público ou mesmo contrários a princípios informadores da atividade estatal.

(...)

Para o caso, percebe-se que não foi criado embaraço significativo para a Administração Pública, na medida em que não houve desfalque sobre o acervo público, muito menos foram criados transtornos para a continuidade dos serviços prestados à coletividade.

Portanto, mesmo diante dos fatos apontados nos autos neste sentido, não resta assinalado o manifesto intento dos apelados em atentar contra princípios informadores da Administração Pública ou mesmo que tenham logrado proveito pessoal em detrimento do erário público.

(...) o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa.

Referida circunstância somente se revela em transgressões de maior vulto, na quais esteja demonstrado manifesto intento de atentar contra a Fazenda C Pública, mais das vezes para a obtenção de vantagens econômicas ilícitas.

Eventual, inabilidade do gestor na condução do orçamento público, muito embora passível de repreensão por outros vias, não sujeitará o agente as sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa exatamente por afastar o dolo específico reclamado pela Lei nº 8.249/92.

Com efeito, apesar de o Tribunal de origem ter reconhecido a inequívoca tipicidade dos atos praticados e, consequentemente, a improbidade administrativa, qualificou-a, incorretamente, como meras irregularidades, sob os equivocados argumentos de que os agentes, ao utilizarem-se de verbas públicas para fins eminentemente particulares: i) não teriam atentado contra os princípios da Administração Pública, pois não haveria dolo específico de causar dano à Fazenda Pública; ii) não teriam logrado vantagem pessoal; iii)

Superior Tribunal de Justiça

tampouco teriam causado lesão ao erários, em virtude de terem restituído os valores empregados irregularmente.

Todavia, como bem esclarece Waldo Fazzio Júnior acerca dos atos de improbidade administrativa que causam o enriquecimento ilícito (**Improbidade Administrativa**, Atlas, 2^a edição, São Paulo, 2014, p. 151):

Qualquer atuação suscetível de gerar enriquecimento ilícito pressupõe a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. A própria conduta delineia o dolo: a agente obtém vantagem que sabe indevida.

Nenhum ocupante de posição administrativa desconhece a proibição de se enriquecer mediante o desvirtuamento do exercício funcional ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. A consciência de antijuridicidade é manifesta.

Ademais, não se exige dolo específico, pois é certo que, na atual conformação jurisprudencial deste Tribunal Superior, prevalece o entendimento no sentido de que o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública.

O dolo de improbidade, configura-se, assim, com a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, sendo despiciendo demonstrar uma intenção específica.

A esse propósito, confirmam-se os precedentes:

ADMINISTRATIVO E SERVIDOR PÚBLICO. LEI N° 8.429/92. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSELHEIRO TUTELAR. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE VEÍCULO E DE MOTORISTA OFICIAIS PARA FINS PARTICULARES. DOLO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO EVIDENCIADOS. REDIMENSIONAMENTO DAS SANÇÕES APLICADAS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, sobre o qual não há controvérsia, restou demonstrado o dolo do réu, no mínimo genérico, decorrente da reiterada utilização irregular de veículo e de motorista do Conselho Tutelar para o atendimento de interesses particulares, daí resultando inescapável enriquecimento ilícito.
2. Redimensionamento das sanções aplicadas, em atenção aos vetores hermenêuticos da proporcionalidade e da razoabilidade.
3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, unicamente para se

Superior Tribunal de Justiça

decotar as penalidades impostas.

(REsp 1186969/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 05/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACLARATÓRIOS CONHECIDOS COMO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO ATACADO QUE DESCREVE A CONDUTA REPUTADA ÍMPROBA COM O CONSEQUENTE ENQUADRAMENTO NO DISPOSITIVO ADEQUADO DA LEI N. 8.429/92 (LIA). ELEMENTOS DA CONDUTA DOLOSA PLENAMENTE CONFIGURADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 9º DA LIA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. Embargos de declaração conhecidos como regimental em razão do evidente caráter infringente que se pretende dar à medida impugnativa sem ocorrência dos vícios elencados no art. 535 do CPC.

2. Não houve a alegada violação do art. 535, inc. II, do CPC. O arresto combatido pelo especial está claro e contém suficiente fundamentação para solver integralmente a controvérsia. Precedente.

3. São as seguintes as conclusões da origem: "Por outro lado, também os advogados praticaram o ilícito, existindo provas de que não se limitaram somente a praticar atos privativos de advogado, bem como os prepostos, como agentes ativos da conduta descrita no texto legal. Igualmente, o sócio do escritório de advocacia, [...], ao instituir a gratificação visando maior celeridade no cumprimento dos mandados judiciais em processos patrocinados pelo escritório. Por conseguinte, são responsáveis pelo mesmo fato, e estão sujeitos às disposições da Lei 8.429/92, por expressa referência do art. 3º".

4. Aliás, já por aí se poderia notar que a origem individualizou perfeitamente a conduta dos interessados a fim de enquadrá-las na Lei de Improbidade Administrativa, o que corrobora a inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

5. Não fosse isso suficiente, importante registrar que **o dolo que** se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas.

6. Em resumo: trata-se do "dolo genérico" ou simplesmente "dolo" (desnecessidade de "dolo específico" ou "especial fim de agir").

7. Na espécie, a instância ordinária esclareceu que os agravantes depositavam valores em prol de oficiais de justiça (chamados com um tanto de eufemismo como "gratificações") com o objetivo de obter maior celeridade no cumprimento dos mandados judiciais em processos patrocinados pelo escritório, daí porque não há que se falar na inexistência do elemento subjetivo.

8. Estão presentes, portanto, todos os elementos da conduta

9. Agravo regimental não provido.

(EDcl no Ag 1092100/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 31/05/2010)

Superior Tribunal de Justiça

No caso concreto, todavia, o acórdão de origem, contrariando a jurisprudência deste Tribunal acima apontada, afastou a prática do ato de improbidade por entender necessária a demonstração da intenção específica de os agentes públicos atentarem contra a Fazenda Pública.

Assim é que a premissa equivocada sobre os elementos caracterizadores da improbidade macula as consequências do acórdão recorrido, pois, consoante acima ressaltado, o dolo que caracteriza a improbidade consiste na simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria, sendo despicando perquirir acerca de finalidades específicas.

Ademais, igualmente equivocada a tese de que os recorridos não teriam logrado vantagem pessoal, pois se os agentes públicos utilizaram recursos públicos em proveito próprio, como expressamente reconhecido, patente a existência da vantagem.

Além disso, também incorreto o argumento do acórdão recorrido de que o ressarcimento ao erário afastaria a prática do ato ímparo, pois tal recomposição não implica anistia e/ou exclusão do ato de improbidade, embora deva ser considerado na dosimetria da pena.

Com efeito, o ressarcimento é um dever do agente, que, se não o fizesse por espontânea vontade, seria impelido pela sentença condenatória, nos termos do art. 12 da Lei 8.429/1992.

A Lei de Improbidade não teria eficácia se as penalidades mínimas impostas fossem passíveis de exclusão por conta do ressarcimento ao erário.

Entender dessa forma significa admitir que o agente ímparo nunca será punido se ressarcir o erário antes da condenação. Isso corresponderia à criação de hipótese de anistia ao arrependimento da lei. A Lei de Improbidade perderia seu caráter pedagógico e preventivo, pois o mau gestor público passaria a agir com desenvoltura, lesando o erário, a lei e a moralidade, já que, caso fosse acusado em juízo, poderia afastar a punição por meio de simples

Superior Tribunal de Justiça

ressarcimento ao erário.

O ato de improbidade passaria a ser ilícito de risco zero para o agente público, já que a punição poderia ser ilidida de maneira singela e unilateral.

Se houve ato de improbidade, e isso é fato incontroverso, deve haver sanção, na forma da lei, ainda que minorada no caso de ressarcimento ao erário.

Contudo, a quantificação da pena não pode se confundir com a impunidade do agente ímparo.

Nesse sentido confira-se:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ILÍCITO INCONTROVERSO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO ANTES DA CONDENAÇÃO. AFASTAMENTO DA PUNIÇÃO. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANISTIA OU PERDÃO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. DOSIMETRIA MÍNIMA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem aferiu a inequívoca existência de atos de improbidade (simulação de despesa pública e subtração do pagamento correspondente). No entanto, tendo em vista que os agentes reconheceram a procedência da ação e ressarciram o Erário, a Corte local afastou a punição.

2. O ressarcimento, embora deva ser considerado na dosimetria da pena, não implica anistia do ato de improbidade. Pelo contrário, é um dever do agente que, se não o fizesse por espontânea vontade, seria impelido pela sentença condenatória, nos termos do art. 12 da Lei 8.429/1992.

3. A Lei de Improbidade não teria eficácia se as penalidades mínimas impostas fossem passíveis de exclusão por conta do ressarcimento.

Entender dessa forma significa admitir que o agente ímparo nunca será punido se ressarcir o Erário antes da condenação. Isso corresponderia à criação jurisprudencial de hipótese de anistia ou perdão judicial ao arreio da lei.

4. O reconhecimento judicial da configuração do ato de improbidade (fato incontroverso segundo o acórdão recorrido) leva, necessariamente, à imposição de sanção, entre aquelas previstas na Lei 8.429/1992, ainda que minorada no caso de ressarcimento.

5. Aplicação da pena de suspensão de direitos políticos dos agentes ímparos, quantificada no mínimo legal, consideradas as atenuantes (reconhecimento judicial do ilícito por parte dos acusados e ressarcimento).

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1009204/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 17/12/2009)

Nesse contexto de equívocos em processos subsuntivos, de rigor a reforma do acórdão recorrido.

Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º,

Superior Tribunal de Justiça

XII, da Lei 8.429/1992, cabe aos julgadores impor as sanções descritas na mesma Lei, sob pena de tornar impunes tais condutas e estimular práticas ímporas na Administração Pública.

Tem-se, ainda, que as cominações previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 não determinam, necessariamente, aplicação cumulativa, devendo ser observado o caso concreto, em respeito aos princípios da *razoabilidade*, *proporcionalidade*, *adequação* e *racionalidade* na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes.

Desse modo, cabe ao Juiz a tarefa de aplicar as penalidades previstas na lei, na proporção e graduação conforme a gravidade da modalidade de improbidade administrativa configurada, afastada eventual condenação a resarcimento, em razão de os recorridos já terem ressarcido o dano.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial e lhe dou parcial provimento para reconhecer a violação do art. 9º, XII, da Lei 8.429/1992, com o consequente enquadramento da conduta dos recorridos nesse dispositivo. Determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para que sejam fixadas as penas, assim como as verbas de sucumbência.

É como **voto**.