RECURSO ESPECIAL Nº 1.780.325 - MG (2018/0301638-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	FRANCISCO CARLOS DELFINO
ADVOGADOS	:	FLÁVIO COUTO BERNARDES - MG063291 SERGIO RUY DAVID POLIMENO VALENTE E OUTRO(S) - SP237400
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTERES.	:	MUNICÍPIO DE IPATINGA
ADVOGADO	:	CLÁUDIO LOBATO FONSECA E OUTRO(S) - MG043684

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Francisco Carlos Chico Ferramenta Delfino**, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 776):

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA -..IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - AUSÊNCIA DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA E DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA- SENTENÇA REFORMADA EM DUPLO GRAU. Nos termos do inciso V, do artigo 11, da Lei 8.429192, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa frustrar a licitude de concurso público. Nesse sentido, a contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza improbidade administrativa. (REsp 817.557/ES, ReI. Mm. Herman Benjamin, DJe de 10.02.10).*

A parte recorrente afirma que o Tribunal de origem conferiu ao art. 11, *caput* e II, da Lei nº 8.429/92 interpretação equivocada, pois assentou que não se faz necessária a presença do dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa. Aduz que a Lei Municipal nº 1.610/98 autorizava a contratação de servidores sem concurso e sem necessidade de prévia justificativa, o que afastaria o dolo. Por outro lado, o recorrente sustenta que houve cerceamento de defesa, o que desrespeitou o art. 5º, LV,

da Constituição Federal. Acrescenta que o acórdão recorrido não se encontra fundamentado, caracterizando afronta aos arts. 93, IX, da CF/88 e 489, I e II, do CPC/15.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Sandra Cureau, opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 865/868).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Relembro, inicialmente, que em recurso especial não cabe invocar violação a norma constitucional, razão pela qual o presente apelo não pode ser conhecido relativamente à apontada ofensa aos arts. 5º e 93 da Constituição Federal.

Feita essa observação, anoto que não ocorreu ofensa ao arts. 489 do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Por outro lado, no tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente para a prática de ato de improbidade, este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que "*o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico*" (**REsp 951.389/SC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

O dolo, nessas hipóteses, resta consubstanciado na vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica, ou, ainda, na 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. Nesse sentido:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA BEM DELIMITADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7.*

CONTRATAÇÃO PARALELA DE SERVIDOR PÚBLICO. CONDUTA QUE SE ENCAIXA NOS ARTS. 9º E 11, CAPUT, E IMPLICA NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12, AMBOS DA LEI 8.429/92. I - Na origem, trata-se de ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em desfavor de Francisco Xavier Medeiros Vieira, Aldo Luiz Eickhoff, Erevan Engenharia S/A, Mário Blanck Castro e Aurélio da Torre Bogossian.

II - Sustenta-se, em síntese, que os réus cometeram irregularidades quando da contratação paralela de servidor público para a elaboração de projetos para a empresa vencedora de certame licitatório. III - Por sentença, julgou-se improcedente o pedido da ação civil pública por improbidade administrativa.

IV - Em sede de recurso de apelação, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proveu parcialmente o recurso interposto para condenar os réus as penalidades previstas no artigo 12, incisos I, II e III da Lei 8.429/92.

V - Os embargos infringentes opostos por Francisco Xavier Medeiros Vieira e Aldo Luiz Eickhoff foram providos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, determinando a improcedência dos pedidos contidos na ação de improbidade administrativa.

VI - Fundamento fático bem delineado no acórdão recorrido. Hipótese de reenquadramento jurídico dos fatos. Afastamento da Súmula 7 como óbice para o conhecimento do recurso especial do Ministério Público Federal. Precedentes: AgInt no AREsp 824.675/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/8/2016, DJe 2/2/2017 e REsp 1245765/MG, Rel.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/6/2011, DJe 3/8/2011.

*VII - **A consciência e a vontade de se violar postulados da administração pública são extraíveis do modo de operar das partes recorridas, por formalizar contrato de prestação de serviço em detrimento da vedação legal prevista no artigo 9º da Lei n. 8.666/93. Está caracterizado, portanto, o dolo genérico para o enquadramento da conduta nos arst. 9º e 11, ambos da Lei 8.429/92.***

Precedentes: AgRg no Ag 1316690/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 10/11/2010 e REsp 1352535/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018.

VIII - Há se reformar, assim, o acórdão recorrido para reconhecer a violação aos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 e

> *determinar a aplicação das sanções respectivas pelo Tribunal de origem.*
> *IX - Agravo interno provido.*
> (**AgInt no AREsp 961.524/SC**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 17/08/2018)
>
> SEM DESTAQUES NO ORIGINAL

Ainda de acordo com o entendimento perfilhado por este Superior Tribunal, nos casos de contratação de servidores temporários sem a realização de concurso público, em linha de princípio o dolo genérico pode ser afastado quando ficar evidenciada a existência de lei local apta a amparar a conduta do agente público, uma vez que as normas gozam de presunção de constitucionalidade. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO. O TRIBUNAL A QUO RECONHECEU EXPRESSAMENTE A AUSÊNCIA DE DOLO, PORQUANTO A CONDUTA APONTADA COMO ÍMPROBA ESTAVA AMPARADA NA LEI 313/2001 DE SÃO JOSÉ DA VARGINHA/MG. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ AFASTA O DOLO, INCLUSIVE O GENÉRICO, QUANDO HÁ LEI MUNICIPAL AUTORIZATIVA, AINDA QUE DE CONSTITUCIONALIDADE DUVIDOSA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.*
> *1. O dolo reclama ao menos a consciência da ilicitude pelo agente e, no caso, além de o Tribunal a quo ter reconhecido expressamente a sua ausência, bem como a de dano ao Erário ou a de enriquecimento ilícito, havia ainda a presunção de certeza de legalidade do ato pela vigência da autorizativa Lei Municipal 313/2001, de São José da Varginha/MG.*
> *2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a existência de Lei Municipal autorizativa do ato apontado como ímprobo afasta a sua configuração, inclusive, o dolo genérico. Precedentes: AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13.10.2010; AgRg no AgRg no REsp 1.191.095/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25/11/2011.*
> *3. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência assente desta Corte Superior, o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ.*
> *4. Agravo Regimental desprovido.*

(**AgRg no AREsp 496.250/MG**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 11/12/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES TEMPORÁRIOS DE SAÚDE. ADMISSÃO SEM CONCURSO. LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO GENÉRICO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO REALIZAÇÃO DE COTEJO ENTRE OS PARADIGMAS E O ACÓRDÃO RECORRIDO.
1. Não configura ato de improbidade administrativa, com base no art.
11 da Lei 8.429/1992, a contratação de servidores sem concurso público realizada com base em lei municipal, pela ausência do elemento subjetivo (dolo genérico), sem falar que, cuidando-se de agentes temporários de saúde, a exigência do concurso público somente se impôs com a EC 51/2006, enquanto os fatos em exame datam do período de 1996 a 2000. Precedentes do STJ.
2. No julgamento do Recurso Especial 765.212/AC (DJe 19.05.2010), a Segunda Turma do STJ modificou sua orientação para concluir pela necessidade de identificar-se na conduta do agente público, pelo menos, o dolo genérico, sob pena de a improbidade se transformar em hipótese de responsabilidade objetiva dos administradores (REsp 1.319.541/MT, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 18/09/2013).
3. O manejo do recurso especial com base em dissídio jurisprudencial implica o atendimento dos comandos do art. 541 do CPC e do art. 255, § 2º, do RISTJ, que exigem a demonstração explicativa dos pontos de dissonância entre o acórdão recorrido e os paradigmas citados. A alegação do dissídio pressupõe identidade de base fática que deve ser demonstrada pelo cotejo analítico dos arestos, hipótese não ocorrente.
4. Recurso especial conhecido em parte, e, na parte conhecida, provido.
(**REsp 1405943/SP**, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 11/12/2015)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. SUPOSTA PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92.

AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO EXIGIDO PARA A QUALIFICAÇÃO DA CONDUTA ENQUANTO ATO DE IMPROBIDADE. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA A EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL AUTORIZATIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 7/STJ E 280/STF.

1. A hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sob o argumento de que o então prefeito do Município de Capitólio teria realizado a contratação de servidores sem a realização de concurso público.

2. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.

4. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92 dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

5. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que fica afastada a caracterização do dolo genérico, quando a conduta do agente público, mesmo que de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, se deu com base em leis municipais que estavam em vigor quando da contratação dos servidores, posto que tais leis gozam de presunção de constitucionalidade.

6. Nesse sentido: AgRg no REsp 1358567/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 09/06/2015; EAREsp 184.923/SP, 1ª Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/03/2015; REsp 1231150/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 12/04/2012; AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25/11/2011.

7. No presente caso, pela leitura do acórdão recorrido, extrai-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, afastou o dolo consignando não

> *evidenciadas as condutas ímprobas do agente, que agiu com respaldo em legislação vigente. Ora, a verificação acerca da existência do dolo demanda, no caso específico, a análise de lei local e dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em recurso especial, ante as orientações contidas nas Súmulas 280/STF, por analogia, e Súmula 7/STJ.*
> *8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.*
> *(***REsp 1348175/MG**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015*)*

Pois bem, na hipótese dos autos, o acórdão recorrido assentou que não houve, por parte do então Prefeito, menção da situação de excepcional interesse a fundamentar as contratações sem prévia realização de concurso público. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 778/779):

> [...]
> *Inicialmente é de consignar que a Constituição da República não obsta a contratação de pessoal por tempo determinado, visando suprir necessidade temporária e excepcional de interesse público (art. 37, IX), tendo em vista circunstâncias que caracterizem essa satisfação imediata, e mediante o estabelecido em lei regulamentando tal admissão.*
> *Todavia, ainda que o apelado Francisco Carlos Chico Ferramenta Delfino tenha sido amparado por Leis Municipais do Município de Ipatinga efetuando aproximadamente 3000 (três mil) contratações temporárias, o que transforma a medida excepcional em regra, configurando afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, igualdade e da moralidade, previstos no Art. 37, caput, da Constituição da República.*
> *Vê-se inclusive que não há, no caso sub judice, sequer menção da situação de excepcional interesse a fundamentar as designações.*
> [...]

Nesse contexto, para se chegar à conclusão pretendida pelo recorrente (e, consequentemente, assentar que "*não havia exigência legal para a apresentação de fundamentação para a contratação de servidores públicos sem concurso público, não há*

que se falar em dolo" - fl. 825), seria necessário reexaminar a legislação local pertinente, providência que não tem lugar em recurso especial, nos termos da Súmula 280/STF (*"Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.")*.

ANTE O EXPOSTO, conheço em parte do recurso especial e, na parte conhecida, a ele nego provimento.

Publique-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator