



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.307.085 - SP
(2013/0318937-6)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) -
DF002977
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. PRETENSÃO DE SE DISCUTIR OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973 ao Agravo Regimental e aos Embargos de Divergência.

II – O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado segundo o qual não se pode examinar dissenso interpretativo entre julgados quando não ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso especial, revelando-se inviável, em sede de Embargos de Divergência, a discussão sobre o acerto ou desacerto da aplicação de regra técnica de conhecimento recursal.

III – O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV – Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, "prossequindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista), Og Fernandes e Benedito Gonçalves. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.307.085 - SP
(2013/0318937-6)**

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
AGRAVANTE : **JOSÉ BERNARDO ORTIZ**
ADVOGADO : **JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) -**
DF002977
ADVOGADA : **CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS**

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de Agravo Regimental interposto por **JOSÉ BERNARDO ORTIZ** contra a decisão que, nos termos dos arts. 34, XVIII, e 266, §3º, do Regimento Interno desta Corte, indeferiu liminarmente os embargos de divergência, fundamentada na impossibilidade de conhecer do recurso quando um dos acórdãos confrontados aplica regra técnica de conhecimento e o outro analisa questões de mérito.

Sustenta o Agravante, em síntese, que o acórdão embargado teria conhecido do ponto debatido nos embargos de divergência, que se referiria à "imprescindível a demonstração do elemento subjetivo da conduta do agente, que se materializa em atos e fatos da realidade que evidencie o agir doloso do administrador" (fl. 1.627e), e não à caracterização da má-fé, questão sobre a qual foi aplicado o óbice previsto na Súmula n. 7/STJ.

Aduz ainda a possibilidade de mitigação dos requisitos formais de admissibilidade dos embargos de divergência, entre eles a similitude fático-jurídica.

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada e determinado o processamento do Recurso Especial ou, alternativamente, sua submissão ao pronunciamento do Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.307.085 - SP
(2013/0318937-6)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) -
DF002977
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973 ao Agravo Regimental e aos Embargos de Divergência.

Não assiste razão ao Agravante, porquanto os Embargos de Divergência têm por finalidade a uniformização da jurisprudência desta Corte quanto à interpretação do direito em tese, sendo cabíveis quando tratar-se de decisão proferida em sede de recurso especial cujo teor diverja do julgamento de outra Turma, Seção, ou Órgão Especial (art. 29, da Lei n. 8.038/90), devendo o dissenso ser comprovado na forma do art. 255, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do Superior tribunal de Justiça (art. 266, § 1º do RISTJ).

Consoante firme jurisprudência desta Corte, não há dissenso interpretativo entre julgados, quando o paradigma conhece do recurso e adentra no mérito da causa, e o acórdão impugnado não ultrapassa, no ponto discutido, o juízo de admissibilidade, revelando-se inviável, em sede de Embargos de Divergência, a discussão sobre o acerto ou desacerto da aplicação de regra técnica de conhecimento recursal.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.
DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.
INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. DISCUSSÃO
ACERCA DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. ACÓRDÃO PARADIGMA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NÃO ULTRAPASSADO. CONFRONTO COM JULGADO DE MÉRITO. NÃO CABIMENTO. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA. ARGUMENTOS REFUTADOS POR AUSÊNCIA DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 168/STJ.

(...).

2. É inadmissível, em embargos de divergência, discutir a aplicação de regra técnica de conhecimento do recurso especial, como na hipótese de incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. É inviável o dissenso interpretativo entre julgados quando o paradigma conhece do recurso e adentra o mérito e o acórdão impugnado não ultrapassa o juízo de admissibilidade.

(...)

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EAREsp 111594/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2013, DJe 29/05/2013).

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO. SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que indeferiu liminarmente Embargos de Divergência interpostos contra acórdão no qual a Quinta Turma, com base na Súmula 7/STJ, não conheceu do Recurso Especial.

2. Os Embargos de Divergência não constituem meio adequado para rever técnica de conhecimento recursal, de modo que é impossível reformar, nesta via, o acórdão embargado. Precedentes do STJ.

3. Além disso, a embargante descumpriu o ônus de realizar o devido cotejo analítico entre os casos confrontados, requisito formal para o conhecimento dos Embargos de Divergência.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1277034/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/02/2014, DJe 24/03/2014).

Na mesma linha, os seguintes julgados da Corte: AgRg nos EREsp 1.422.046/RS, 1ª S., Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 05.12.2014; AgRg nos EREsp 1.325.163/PI, 2ª Seção, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de 27.04.2015; e AgRg nos EDcl nos EREsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.270.581/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 01.08.2012.

Dessa forma, não obstante a argumentação do Recorrente, percebe-se que o recurso especial não foi conhecido no ponto objeto dos embargos de divergência (fls. 1.460/1.468e).

Assim, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0318937-6 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg nos
EResp 1.307.085 /
SP

Números Origem: 18552001 1855201 201102815879 8503545700 994081692181 99408169218150000

PAUTA: 11/10/2017

JULGADO: 11/10/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADOS : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
RODRIGO OTAVIO BARBOSA DE ALENCASTRO - DF015101
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao agravo regimental, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Aguardam os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina."

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0318937-6 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg nos
EResp 1.307.085 /
SP

Números Origem: 18552001 1855201 201102815879 8503545700 994081692181 99408169218150000

PAUTA: 12/09/2018

JULGADO: 10/10/2018

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **SANDRA VERÔNICA CUREAU**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADOS : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
RODRIGO OTAVIO BARBOSA DE ALENCASTRO - DF015101
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

CERTIDÃO

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

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.307.085 - SP (2013/0318937-6)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

VOTO-VISTA

(PELO PROCESSAMENTO DO RECURSO FUNDADO
EM DIVERGÊNCIA ENTRE ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FASE ADMISSIONAL DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO, PELA PARTE EMBARGANTE, DE QUE HÁ POSSÍVEIS SOLUÇÕES DÍSPARES PARA QUESTÕES FACTUAIS SÍMILES QUANTO À APLICAÇÃO DO DOLO GENÉRICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE, SOBRETUDO NOS CASOS DE CONTRATAÇÃO DE AGENTES TEMPORÁRIOS SEM CONCURSO PÚBLICO, QUANDO HÁ LEI AUTORIZATIVA DO MUNICÍPIO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO SE LIMITOU A APLICAR A REGRA TÉCNICA DA SÚMULA 7/STJ, APONTANDO, CONTRARIAMENTE, TESE DE MÉRITO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE FATO TÍPICO ÍMPROBO, EM POSSÍVEL DIVERGÊNCIA COM JULGADOS DE OUTRO ÓRGÃO FRACIONÁRIO DESTA CORTE SUPERIOR. VOTO POR PROVER O AGRAVO INTERNO DO DEMANDADO, DE MODO A ADMITIR O PROCESSAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, CONTRARIAMENTE AO VOTO DA EMINENTE RELATORA, MINISTRA REGINA HELENA COSTA, DE QUEM OUSO DIVERGIR.

1. A proposta da eminente Relatora, Min. REGINA HELENA COSTA, neste Agravo Regimental, é empregar a diretriz de que não se pode examinar dissenso interpretativo entre julgados quando não ultrapassado o juízo de admissibilidade do Recurso Especial, revelando-se inviável, em sede de Embargos de Divergência, a discussão sobre o acerto ou desacerto da aplicação de regra técnica de conhecimento recursal.

2. O aresto bandeirante foi mantido em julgamento Colegiado da 2ª. Turma desta Corte Superior, ao entendimento, nas palavras do julgado embargado, de que a caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992 depende da existência de dolo genérico na conduta do agente. A contratação irregular de Servidores sem a realização de concurso público pode caracterizar ato de improbidade administrativa, desde que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrada a má-fé do Agente Público que praticou o ato administrativo suficiente para configurar o dolo, ao menos genérico (fls. 1.454).

3. *Contudo, sem pretender adiantar o mérito da causa, parece haver julgados nesta Corte Superior que vertem a tese de que não caracteriza ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 a contratação de Servidores sem concurso público baseada em legislação municipal, por justamente nesses casos ser difícil de identificar a presença do elemento subjetivo necessário (dolo genérico) para a caracterização do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública (AgRg no AREsp. 747.468/MS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24.2.2016).*

4. *Portanto, nota-se embargabilidade ao aresto da 2a. Turma deste Tribunal Superior, porque o julgado embargado não se limitou a aplicar ao caso concreto a Súmula 7/STJ, considerada regra técnica de admissibilidade, mas efetuou pronunciamento exauriente acerca da simples exigência de dolo genérico para condutas como as de contratação de Servidores sem concurso público. Note-se excerto do aresto ora embargado:*

A contratação irregular de servidores sem a realização de concurso público pode caracterizar-se como ato de improbidade administrativa, desde que demonstrada a má-fé do agente público que praticou o ato administrativo suficiente para configurar o dolo, ao menos genérico (fls. 1.454, grifado).

5. *Como dito, há acórdãos desta Corte Superior que ilustram a tese de afastamento completo do dolo em casos semelhantes. Em linhas mais precisas, os presentes Embargos de Divergência contam com requisitos mínimos de processabilidade, uma vez que buscam ver enfrentadas três importantes perguntas jurídicas:*

(a) havendo Lei Municipal autorizativa, em casos como os de contratação de Agente Público sem concurso público, é possível detectar-se conduta dolosa do Gestor Público que determinou as nomeações?;

(b) o dolo genérico, nesta hipótese factual, é suficiente para condenar-se o réu por improbidade administrativa, ou há de se ter a presença de dolo específico?; e

(c) ainda que os contratos temporários não tenham sido efetuados para funções de direção, chefia e assessoramento, essa circunstância é suficiente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denotar-se a prática de conduta ímproba pelo Prefeito, ou tem-se aí conduta simplesmente irregular?

6. Voto por prover o Agravo Interno do promovido, de modo a admitir o processamento dos Embargos de Divergência, para oportuno julgamento em seus aspectos de fundo por esta douta 1a. Seção, que melhor dirá, divergindo das conclusões da eminente Relatora, Ministra REGINA HELENA COSTA.

1. A proposta da eminente Relatora, Min. REGINA HELENA COSTA, em apreciação do Agravo Regimental interposto por JOSÉ BERNARDO ORTIZ contra decisão que inadmitiu o processamento de Embargos de Divergência, estes opostos pelo implicado, é por empregar a diretriz de que *não se pode examinar dissenso interpretativo entre julgados quando não ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso especial, revelando-se inviável, em sede de Embargos de Divergência, a discussão sobre o acerto ou desacerto da aplicação de regra técnica de conhecimento recursal.*

2. Essa é a diretriz que se firmou nesta Corte Superior em incontáveis julgados – não a desconheço.

3. Contudo, tenho para mim que, embora a decisão agravada seja refletora do tecnicismo extremado a que esta Corte engendrou para o exame de admissibilidade dos recursos interpostos perante esta Tribunal Superior, verifica-se que a situação dos autos é bem outra, não comportante da linha de pensamento proposta a douta Relatora, Ministra e Professora REGINA HELENA COSTA.

4. O Embargante busca o reconhecimento de soluções díspares para questões factuais idênticas entre os Órgãos Fracionários desta Corte Superior, no que diz respeito ao seguinte tópico: *condenação por improbidade administrativa quanto à contratação de servidores temporários sem concurso público, com base em dolo genérico e frente à existência de Lei Municipal autorizadora.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Na presente demanda, o ora Embargante e então Prefeito do Município de Taubaté/SP, vindica o afastamento do rótulo de improbidade à conduta apontada em libelo, qual seja, a contratação de Servidores Temporários sem a realização de concurso público. Ao réu foram aplicadas pelo TJ/SP as seguintes sanções: (a) suspensão de direitos políticos por 3 anos; (b) multa civil em valor equivalente a 6 vezes o subsídio de Alcaide; (c) proibição de avançar com o Poder Público por 3 anos.

6. O aresto bandeirante foi mantido em julgamento Colegiado da 2a. Turma desta Corte Superior, ao entendimento de que *a caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992 depende da existência de dolo genérico na conduta do agente. A contratação irregular de servidores sem a realização de concurso público pode caracterizar-se como ato de improbidade administrativa, desde que demonstrada a má-fé do agente público que praticou o ato administrativo suficiente para configurar o dolo, ao menos genérico* (fls. 1.454).

7. Nestes Embargos, fundados em divergência entre Órgãos Fracionários, o insurgente aponta a dissonância entre julgados da 1a. e 2a. Turmas desta Corte Superior, ao argumento de que houve condenação por mera constatação de dolo genérico, quando é certo que seria necessário o dolo específico. Registra também que a existência de norma municipal autorizadora retiraria o dolo da conduta, razão pela qual não se poderia aceitar a condenação por simples dolo genérico, como ocorreu na espécie. Note-se:

(...) o dolo reclama a consciência da ilicitude pelo agente, mas, no caso, havia a certeza de legalidade do ato pela vigência da Lei Complementar autorizativa que, malgrado mais tarde alguns dispositivos tenham sido declarados inconstitucionais pela colenda Corte Suprema, àquela época admitia-se plenamente a possibilidade das referidas contratações.

(...).

Destaque-se o que restou decidido no REsp 1.269.564-MG, hipótese em que, embora também se tratasse de diversas contratações de servidores no exercício de atividades essenciais ao Estado, no caso, limpeza urbana do município, dada a ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstração do dolo nos atos apontados como ímprobos, deu-se provimento ao recurso para julgar improcedente o pleito ministerial (fls. 1.547/1.548).

8. Bem se vê que os Embargos de Divergência contam com *requisitos mínimos de processabilidade*, uma vez que buscam analisar três importantes perguntas jurídicas:

(a) havendo Lei Municipal autorizativa em casos como os de contratação de Agente Público sem concurso público, é possível detectar-se conduta dolosa do Gestor Público que determinou as nomeações?;

(b) o dolo genérico é suficiente para condenar-se o réu por improbidade administrativa, ou há de se ter a presença de dolo específico?; e

(c) ainda que os contratos temporários não tenham sido efetuados para funções de direção, chefia e assessoramento, essa circunstância é suficiente para denotar-se a prática de conduta ímproba pelo Prefeito, ou tem-se aí conduta simplesmente irregular?

9. Sem querer adiantar o mérito da causa, parece haver julgados nesta Corte Superior que vertem a tese de que *não caracteriza ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 a contratação de servidores sem concurso público baseada em legislação municipal, por justamente nesses casos ser difícil de identificar a presença do elemento subjetivo necessário (dolo genérico) para a caracterização do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública* (AgRg no AREsp. 747.468/MS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24.2.2016).

10. Em situações tais e à existência de Lei Municipal autorizativa, é difícil, senão impossível, detectar-se qualquer *traço de dolosidade*, seja ele genérico, seja ele específico. Notem-se mais arestos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOLO GENÉRICO.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra ex-prefeito de Município por contratação irregular de 28 servidores públicos por meio de contratos administrativos temporários constantemente renovados.

2. A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal a quo.

3. O dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º. e 11 da Lei 8.429/92.

4. O STJ, em situações semelhantes, entende ser difícil identificar a presença do dolo genérico do agravado, se sua conduta estava amparada em lei municipal que, ainda que de constitucionalidade duvidosa, autorizava a contratação temporária dos servidores públicos. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25.11.2011 e AgRg no Ag 1.324.212/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.10.2010.

5. Recurso Especial não provido (REsp. 1.231.150/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 12.4.2012).

✧ ✧ ✧

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS IRREGULARES. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. NECESSIDADE. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

1. Não se pode conhecer da violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

2. Pacificou-se nesta Corte Superior entendimento segundo o qual o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 requer a constatação do elemento subjetivo doloso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente, em sua modalidade genérica. Precedentes.

3. *Hipótese em que o acórdão de origem compreendeu, com base no conjunto fático-probatório carreado aos autos, inexistir dolo ou má-fé nas contratações efetuadas, tendo sido prestados, inclusive, os serviços para os quais foram realizadas as contratações impugnadas. Trechos do acórdão recorrido.*

4. *Como se observa da leitura do acórdão recorrido, as contratações impugnadas, embora sim de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, foram firmadas com base em leis municipais que estavam em vigor quando da contratação, gozando tais leis de presunção de constitucionalidade, o que descaracteriza o elemento subjetivo doloso.*

5. *Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13.10.2010).*

11. Portanto, nota-se embargabilidade ao aresto da 2a. Turma deste Tribunal Superior, porque o julgado embargado não se limitou a aplicar ao caso concreto a Súmula 7/STJ, considerada regra técnica de admissibilidade, mas efetuou pronunciamento exauriente acerca da *simples exigência de dolo genérico* para condutas como as de contratação de Servidores sem concurso público. Lado outro, há acórdãos que ilustram a tese de afastamento completo do dolo em casos semelhantes. Portanto, trata-se de questão que precisa ser discutida no vindouro julgamento meritório dos Embargos de Divergência.

12. Voto, portanto, por prover o Agravo Interno do demandado, de modo a admitir o processamento dos Embargos de Divergência, para oportuno julgamento em seus aspectos de fundo por esta douta 1a. Seção, que melhor dirá, divergindo das conclusões do voto da eminente Relatora, Ministra REGINA HELENA COSTA. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.307.085 - SP
(2013/0318937-6)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Como observou o Ministro Og, vejo também nessas questões em que o tal argumento *obiter dictum* bota uma dúvida se se adentrou ou não no mérito e a conclusão no conhecer do recurso. Na Corte Especial tive um caso recente, não me lembro mais como é que ficou a situação. É um *obiter dictum* que ficou na dúvida: adentrou ou não no mérito?

Então, eu peço vênias à relatoria para acompanhar a divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0318937-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos EREsp 1.307.085 / SP**

Números Origem: 18552001 1855201 201102815879 8503545700 994081692181 99408169218150000

PAUTA: 12/12/2018

JULGADO: 27/02/2019

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretário

Bel. **RONALDO FRANCHE AMORIM**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADOS : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
RODRIGO OTAVIO BARBOSA DE ALENCASTRO - DF015101
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOSÉ BERNARDO ORTIZ
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(S) - DF002977
ADVOGADA : CAROLINE AZEREDO DE LIMA SOUSA - DF036019
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : ANTÔNIO MÁRIO ORTIZ MATTOS

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Napoleão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nunes Maia Filho, a Seção, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista), Og Fernandes e Benedito Gonçalves."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.