



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.618 - SC (2017/0125805-0)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : A MENDES TERRAPLANAGEM CONSTRUÇÃO E
EXTRAÇÃO DE MINERAIS LTDA
ADVOGADOS : JOEL DE MENEZES NIEBUHR - SC012639
CAUÊ VECCHIA LUZIA - SC020219
EDUARDO DE CARVALHO RÊGO E OUTRO(S) - SC033647
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : FERNANDO MALLON
ADVOGADOS : MARCELO HERZER - SC029836
DIOGO HEITOR CÓRDOVA - SC046893
LUIZA BECKHAUSER MALLON - SC047922
INTERES. : VANDERLEI DA SILVA
ADVOGADO : EMERSON HINKE - SC014233
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL
ADVOGADOS : ALEXANDRE VINÍCIUS WEISS - SC009974
MIGUEL BAPTISTA - SC028945

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MOVIDA PELO MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL EM FACE DOS ANTIGOS GESTORES E OUTRA. ALEGADO PAGAMENTO INDEVIDO À EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. PRESENÇA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO. INICIAL. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016.

2. Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Município de São Bento do Sul em face Fernando Mallon (ex-prefeito), Vanderlei da Silva (ex-secretário municipal) e de A. Mendes Terraplanagem Construção e Extração de Minerais Ltda, em razão de eventuais irregularidades no contrato celebrado pelo município com a terceira ré, decorrente do processo licitatório regido pelo Edital 113/2008, que teriam resultado em pagamentos indevidos.

3. O Juízo de 1º Grau rejeitou a petição inicial, com fundamento no art. 17, § 8º, da LIA, "*em face da inexistência de ato de improbidade*" (fl. 285).

4. O Tribunal de origem, malgrado houvesse reconhecido a presença de indícios da prática de ato de improbidade, confirmou a sentença de improcedência do pedido por fundamento diverso, a saber, existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confusão entre o autor e os réus.

5. O recurso especial do Ministério Público Estadual foi conhecido e provido para, afastando-se a alegada confusão entre as partes litigantes, determinar-se o recebimento da petição inicial.

6. Hipótese em que o deslinde da controvérsia não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, pois a existência de indícios da prática do ato de improbidade administrativa foi consignada pelo próprio Tribunal de origem, inexistindo na decisão agravada juízo de valor acerca dessa premissa fática.

7. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.618 - SC (2017/0125805-0)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **A MENDES TERRAPLANAGEM CONSTRUÇÃO E EXTRAÇÃO DE MINERAIS LTDA**
ADVOGADOS : **JOEL DE MENEZES NIEBUHR - SC012639**
 CAUÊ VECCHIA LUZIA - SC020219
 EDUARDO DE CARVALHO RÊGO E OUTRO(S) - SC033647
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
INTERES. : **FERNANDO MALLON**
ADVOGADOS : **MARCELO HERZER - SC029836**
 DIOGO HEITOR CÓRDOVA - SC046893
 LUIZA BECKHAUSER MALLON - SC047922
INTERES. : **VANDERLEI DA SILVA**
ADVOGADO : **EMERSON HINKE - SC014233**
INTERES. : **MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE VINÍCIUS WEISS - SC009974**
 MIGUEL BAPTISTA - SC028945

RELATÓRIO

MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de agravo interno interposto por **A. Mendes Terraplanagem Construção e Extração de Minerais Ltda** de decisão de minha lavra, que deu provimento ao recurso especial do **Ministério Público do Estado de Santa Catarina**, a fim de determinar o recebimento da subjacente ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Narram os autos que o **Município de São Bento do Sul** propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face Fernando Mallon (ex-prefeito do município autor), Vanderlei da Silva (ex-secretário municipal) e da ora agravante, em razão de eventuais irregularidades no contrato celebrado pelo município com a terceira ré, decorrente do processo licitatório regido pelo Edital 113/2008, e que teriam resultado em pagamentos indevidos.

O Juízo de 1º Grau rejeitou a petição inicial, com fundamento no art. 17, § 8º, da LIA, "*em face da inexistência de ato de improbidade*" (fl. 285).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por sua vez, conquanto reconhecesse que existiriam, ao menos, indícios de irregularidade na avença celebrada entre os corréus, concluiu que efetivamente a demanda não deveria prosperar, tendo em vista a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de confusão entre o autor e os réus.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fls. 986/987):

APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO MOVIDA PELO MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL EM FACE DOS ANTIGOS GESTORES. PAGAMENTO INDEVIDO À EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS.

DEDUÇÃO DE OFENSA UNICAMENTE AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92, SOB O FUNDAMENTO DE REALIZAÇÃO DE NOVO AJUSTE, QUE TERIA IMPEDIDO EVENTUAIS PERDAS.

LIQUIDAÇÃO DE DÍVIDA SEM CONCLUSÃO DA OBRA. CONDUTA QUE, TEORICAMENTE, IMPLICA OFENSA AO ART. 62 DA LEI N. 4.320/64. AÇÃO SUMARIAMENTE REJEITADA NA ORIGEM, SOB O FUNDAMENTO DE NÃO TER SIDO CONFIGURADA, NO CASO, A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

RESIGNAÇÃO DO MUNICÍPIO. APELAÇÃO MANEJADA UNICAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE ELEMENTOS MÍNIMOS AO PROCESSAMENTO DA DEMANDA, INCLUSIVE COM EVENTUAL PREJUÍZO AO ERÁRIO. OMISSÃO, CONTUDO, DA PRÁTICA SIMULTÂNEA, PELO AUTOR DA AÇÃO, DE ATO COM CONTORNOS SEMELHANTES AO CONTESTADO NA AÇÃO. FORMULAÇÃO, PELO MUNICÍPIO AUTOR, DE ACORDO COM A EMPRESA DEMANDADA, "COMPENSANDO" O VALOR PAGO EM FACE DAS DEMAIS OBRAS DECORRENTES DO MESMO CONTRATO. COMPENSAÇÃO, TAMBÉM, DO VALOR EM TESE PAGO INDEVIDAMENTE PELA EMPRESA A TÍTULO DE ISS, SOBRE O CONTRATO EM QUESTÃO (APARENTEMENTE RECOLHIDO SOBRE O TOTAL DAS OBRAS, EMBORA REALIZADAS PARCIALMENTE), SEM EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO, E SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL, CONFORME EXIGE O ART. 170 DO CTN. CONSTATAÇÃO DE SALDO REMANESCENTE EM FAVOR DO MUNICÍPIO, ATESTADO NO ADITIVO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE RECOMPOSIÇÃO AO ERÁRIO, TODAVIA. ACORDO QUE RECONHECE Ó CRÉDITO, A SER COMPENSADO EM RAZÃO DE "FUTUROS SERVIÇOS". CONDUTA QUE FORMALMENTE SE AMOLDA, EM TESE, AO MESMO TIPO INDICADO NA INICIAL (PAGAMENTO POR OBRA NÃO REGULARMENTE LIQUIDADA).

NECESSIDADE DA CONCORRENTE APURAÇÃO DA REGULARIDADE DO AJUSTE FEITO PELO AUTOR, DADA A NATUREZA, VOCAÇÃO E SEMELHANÇA COM O ATO IMPUGNADO. NÍTIDA CONFUSÃO ENTRE AUTOR E DEMANDADOS, QUE A SEU MODO PRATICAM ATO DA MESMA NATUREZA, FUNDADO NA MESMA RELAÇÃO CONTRATUAL, INCLUSIVE (PAGAMENTO POR OBRA NÃO REALIZADA). AÇÃO DE CONTORNO FUNDAMENTALMENTE POLÍTICO. CONFLITO DE INTERESSES ENTRE DEMANDADOS E DEMANDANTE. AÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIÁVEL EM FACE DE SUA TITULARIDADE, TENDO EM VISTA A SUJEIÇÃO, EM TESE, DO DIRIGENTE DO MUNICÍPIO AOS MESMOS RIGORES. SENTENÇA MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO. RECURSO DESPROVIDO.

Dei provimento ao apelo nobre para, em virtude do reconhecimento de ofensa ao arts. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992 c/c o art. 267, *caput*, e X, do CPC/1973, pois não há falar em confusão entre demandante e demandados.

Sustenta a agravante, em síntese, que (a) inexistem indícios de ato de improbidade administrativa, pois "*quando o acórdão faz referência à 'ato em tese ímprobo' não está fazendo alusão à existência de indícios de improbidade, mas tão só utilizando-se da acusação do próprio Município para demonstrar a sua contradição em mover ação de improbidade com base em atos por ele mesmo praticados*" (fl. 1.129); (b) para se aferir a eventual existência de tais indícios, ou ainda, a presença de dolo ou má-fé, seria necessária o reexame de matéria fática, o que esbarra na Súmula 7/STJ.

Por fim, requer a reconsideração ou a reforma da decisão agravada.

Impugnação do **Município de São Bento do Sul** às fls. 1.139/1.171, e do *Parquet* Estadual às fls. 1.145/1.151.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.618 - SC (2017/0125805-0)

VOTO

MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/1973; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016.

Dito isto, não procede o inconformismo da parte agravante.

Como relatado, o Juízo de 1º Grau rejeitou a petição inicial, com fundamento no art. 17, § 8º, da LIA, "*em face da inexistência de ato de improbidade*" (fl. 285).

Ocorre que, quando do julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de origem reconheceu a existência de indícios do ato ímprobo narrado na petição inicial, tanto assim que confirmou a sentença de improcedência por fundamento diverso, concernente à legitimidade ativa e passiva *ad causam*.

De fato, observa-se que a Corte de origem, à luz dos fatos narrados na petição inicial, ao menos em princípio vislumbrou a existência do ato de improbidade consubstanciado no descumprimento da regra contida no art. 62 da Lei 4.320/1964. Senão vejamos (fls. 994/995):

Segundo a inicial, foram pagos R\$ 668.497,17 pelos recorridos à recorrida, dos quais R\$ 587.758,34 indevidamente, dando quitação pela obra (só O se havia concluído 12% da obra inicialmente programada). Todavia, à empresa O apelada eram devidos R\$ 359.227,14 de outro contrato, anterior, além do ISS recolhido em 2008, que teve por base de cálculo o valor integral da obra, e não a O efetivamente realizada (algo em torno de R\$ 193.000,00).

Todavia, embora pagos indevidamente mais de meio milhão de reais, o município autor, num curioso exercício de engenharia administrativa, "*compensou*" o valor que alega ter sido pago indevidamente pelos demandados, em face do que seria devido em tese pelo mesmo contrato (embora sem co pagamento) e do ISS indevidamente recolhido. É o que consta do aditivo contratual n. 161/09, que também "*revogou*" o aditivo anterior. No que interessa .ó ao caso, consta do aditivo superveniente:

[...]

A redação faz sugerir que o pagamento então feito seria quase todo á irregular (segundo o levantamento administrativo feito, apenas R\$ 80.783,83 representavam a parte executada até então). Todavia, à época em que se convocou a empresa o próprio prefeito já reconhecia a dívida existente, em face da segunda medição,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzindo significativamente a diferença entre o valor pago e o devido. Em expediente encaminhado à empresa, o Chefe do Executivo consignou:

[...]

A rigor não se notaria ilegalidade na compensação das perdas, simplesmente, sobretudo a partir da informação técnica de realização parcial.

Mas note-se que a medição, que data de fevereiro de 2009 (fl. 63), não identifica em que momento ocorreu a avaliação. Considerando que o pagamento questionado teria ocorrido em dezembro de 2008 (fl. 62), ainda que perdurasse o vício de forma, a imprecisão é evidente, pois se cogita o pagamento indevido de quantia muito superior - tudo, aparentemente, de sorte a provocar redobrado impacto retórico.

Se esses dados efetivamente não ofuscam a ilegalidade do pagamento, o fato é que o ajuste proposto pela nova Administração não é distinto, nem ela forma nem pelos efeitos.

[...]

A inicial deduz ofensa formal, e tem por base, entre outros, o art. 62 da Lei n. 4.320/64, que dispõe que "o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação". Ou seja, os recorridos foram demandados por pagar dívida não liquidada, e o acerto pelo então pelos dirigentes do Município foi, da mesma sorte, pagar algo não liquidado (quer as dívidas passadas, quer as futuras).

Nesse contexto, conclui-se que o deslinde da controvérsia não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, pois a existência de indícios da prática do ato de improbidade administrativa foi consignada pelo próprio Tribunal de origem, inexistindo na decisão agravada juízo de valor acerca dessa premissa fática.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2017/0125805-0

AgInt no
REsp 1.675.618 / SC

Números Origem: 00032183320118240058 058110032184 20120926141 20120926141000000 58110032184

PAUTA: 17/05/2018

JULGADO: 17/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO	: FERNANDO MALLON
ADVOGADOS	: MARCELO HERZER - SC029836 DIOGO HEITOR CÓRDOVA - SC046893 LUIZA BECKHAUSER MALLON - SC047922
RECORRIDO	: VANDERLEI DA SILVA
ADVOGADO	: EMERSON HINKE - SC014233
RECORRIDO	: A MENDES TERRAPLANAGEM CONSTRUÇÃO E EXTRAÇÃO DE MINERAIS LTDA
ADVOGADOS	: JOEL DE MENEZES NIEBUHR - SC012639 CAUÊ VECCHIA LUZIA - SC020219 EDUARDO DE CARVALHO RÊGO E OUTRO(S) - SC033647
INTERES.	: MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL
ADVOGADOS	: ALEXANDRE VINÍCIUS WEISS - SC009974 MIGUEL BAPTISTA - SC028945

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	: A MENDES TERRAPLANAGEM CONSTRUÇÃO E EXTRAÇÃO DE MINERAIS LTDA
ADVOGADOS	: JOEL DE MENEZES NIEBUHR - SC012639 CAUÊ VECCHIA LUZIA - SC020219 EDUARDO DE CARVALHO RÊGO E OUTRO(S) - SC033647
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES.	: FERNANDO MALLON
ADVOGADOS	: MARCELO HERZER - SC029836 DIOGO HEITOR CÓRDOVA - SC046893



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERES. : LUIZA BECKHAUSER MALLON - SC047922
ADVOGADO : VANDERLEI DA SILVA
ADVOGADO : EMERSON HINKE - SC014233
INTERES. : MUNICÍPIO DE SAO BENTO DO SUL
ADVOGADOS : ALEXANDRE VINÍCIUS WEISS - SC009974
MIGUEL BAPTISTA - SC028945

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 unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.