

RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.734 - SP (2020/0103835-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **UNIÃO**
RECORRIDO : **OSNY CARDOSO WAGNER**
ADVOGADO : **FERNANDO CÉSAR DOMINGUES - SP180115**
INTERES. : **MUNICIPIO DE ITABERA**
ADVOGADO : **JOSÉ AUGUSTO DE FREITAS - SP071537**
INTERES. : **EDSON MORAES DOS SANTOS**
INTERES. : **LUIZ APARECIDO DA ROSA**
INTERES. : **REJANE MARIA DE FREITAS**
ADVOGADO : **ANTONIO CARLOS SILVA NETO - SP301039**
INTERES. : **ARLETE PERINA**
ADVOGADO : **DIOGO MATHEUS DE MELLO BARREIRA - SP264445**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. "OPERAÇÃO SANGUESSUGA". FRAUDE EM PROCESSO LICITATÓRIO. SUPERFATURAMENTO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CORRELAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS E AS PARCELAS DO PREJUÍZO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Improbidade ajuizada em decorrência de fraude em convênio firmado entre o município de Itaberá/SP e a União para aquisição de unidade móvel de saúde, fatos apurados no contexto da denominada "Operação Sanguessuga".

2. Quanto à obrigação de ressarcir o erário, no valor de R\$ 12.534,61 (doze mil, quinhentos e trinta e quatro reais e sessenta e um centavos), o Juízo do primeiro grau fixou a proporção de 50% para Osny Carodoso, então Prefeito, e 20% para Arlete Perina, que elaborou o edital e as atas das reuniões. Foram divididos 30% entre os demais membros da comissão de licitação.

3. No julgamento das Apelações dos réus, o Tribunal de origem absolveu os membros da comissão de licitação, por entender que nenhum "foi o responsável pela lesão ao erário", exceto Arlete Perina, "que participou da fase de escolha do tipo de licitação e elaboração do edital" (fl. 1.837, e-STJ), assim como do então prefeito. Com isso, refez a obrigação de ressarcimento, "agora na proporção de 75% para Osny Cardoso Wagner e 25% para Arlete Perina" (fl. 1.838, e-STJ).

4. Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido de que "a responsabilidade é solidária até a instrução final do feito, momento em que se delimita a quota de responsabilidade de cada agente [...]" (AgRg no REsp 1.314.061/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.5.2013). Na mesma direção: AgInt no AREsp 1.406.782/MG, Relator p/ Acórdão Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 3.2.2020; AgInt no REsp 1.827.103/RJ, Relator Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 29.5.2020; REsp 1.814.284/PR, Relator Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25.9.2019; AgInt no AREsp 1.445.093/MG, Relator p/ Acórdão Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29.8.2019; REsp 1.731.782/MS, Relatora Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11.12.2018.

5. A ideia fundamental nessa orientação é a necessidade de preservar o integral

Superior Tribunal de Justiça

ressarcimento do dano – inclusive por meio de medidas cautelares –, razão pela qual a solidariedade só cessa quando estiver claro o grau de participação de cada agente. Nem sempre esse momento coincidirá com o final da instrução e, por isso, há julgados corretamente pontificando que, "até a liquidação, devem permanecer bloqueados tanto quantos bens foram bastantes para dar cabo da execução em caso de procedência da ação, na medida em que vigora entre os réus uma responsabilidade do tipo solidária" (REsp 1.1958.28/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.10.2010).

6. No caso dos autos, não há como delimitar a repercussão econômica de cada conduta. A lesão decorreu de um esquema: o Tribunal de origem acolheu a descrição feita na sentença, de que "Osny e ao menos Arlete, que era quem praticava os atos efetivamente da 'licitação', em conluio, fizeram com que, sem concorrência, a Klass Comércio e Representações Ltda vendesse a ambulância ao Município sem disputa nenhuma" (fl. 1.700, e-STJ).

7. A distribuição de percentuais feita pelas instâncias ordinárias se orientou pela percepção, expressa na sentença, de que "A conduta de Osny, por ser ele a autoridade máxima do Município, merece reprimenda maior do que a de Arlete, que é servidora e, portanto, a ele subordinada" (fl. 1.704, e-STJ).

8. Ocorre que não há lugar nesse âmbito para dosimetria, pois "O STJ tem assentado o entendimento de que o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência incontornável do prejuízo causado" (REsp 1.761.202/MG, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.3.2019).

9. A repartição da obrigação de ressarcir o erário só deve ocorrer quando for possível correlacionar cada conduta a determinadas parcelas do prejuízo. Não havendo como proceder a essa imputação causal, tem-se obrigação solidária.

10. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). NATANNE LIRA DE MORAIS(Mandato ex lege), pela parte RECORRENTE: UNIÃO"

Brasília, 24 de novembro de 2020(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.734 - SP (2020/0103835-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **UNIÃO**
RECORRIDO : **OSNY CARDOSO WAGNER**
ADVOGADO : **FERNANDO CÉSAR DOMINGUES - SP180115**
INTERES. : **MUNICIPIO DE ITABERA**
ADVOGADO : **JOSÉ AUGUSTO DE FREITAS - SP071537**
INTERES. : **EDSON MORAES DOS SANTOS**
INTERES. : **LUIZ APARECIDO DA ROSA**
INTERES. : **REJANE MARIA DE FREITAS**
ADVOGADO : **ANTONIO CARLOS SILVA NETO - SP301039**
INTERES. : **ARLETE PERINA**
ADVOGADO : **DIOGO MATHEUS DE MELLO BARREIRA - SP264445**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. LITISPENDÊNCIA NÃO VERIFICADA. LEGITIMIDADE PASSIVA CONSTATADA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LICITAÇÃO FRAUDULENTA COMPROVADA. COMISSÃO DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. RESSARCIMENTO POR PARTE DOS ACUSADOS. CABIMENTO.

- A litispendência entre a presente ação e a ajuizada pela União perante a U Vara da Justiça Federal em Sorocaba foi eliminada quando, naquela ação, o magistrado prolatou decisão que a extinguiu sem julgamento de mérito, com fundamento no art.

267, V, do CPC, de modo que não haveria mais duas lides pendentes.

- Arlete Perina praticou atos no procedimento licitatório. Foi ela quem realizou os contatos iniciais com fornecedores, bem como assinou a ata de julgamento da licitação, conforme comprovam as folhas 327 a 423 e 400/401 do apenso, de modo que estaria justificada sua legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação.

- Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Precedentes do STJ.

- Prescrição do direito à ação. Inocorrência. Servidores públicos. Quando a infração legal também configura crime, a prescrição regula-se pelo prazo estabelecido na lei penal. No caso do Prefeito Municipal, o prazo prescricional comum de 5 (cinco) anos conta-se após o término do mandato (artigo 23, caput, e inciso 1 da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992), o que ocorreu em 31.12.2004, de modo que o termo inicial do prazo prescricional foi primeiro de

Superior Tribunal de Justiça

janeiro de 2005.

- A ação de improbidade administrativa refere-se ao Convênio 1706/2002 firmado pela municipalidade de Itaberá com a União, através do Ministério da Saúde, com o propósito de aquisição de unidade móvel de saúde com vistas a fortalecer o Sistema Unico de Saúde. Os recursos necessários à aprovação e execução do referido convênio partiram de emenda parlamentar individual ao orçamento geral da União nº 35870001 consignada no orçamento do Ministério da Saúde de autoria do Deputado Federal Bispo Wanderval que, segundo o apurado, integrava um esquema denominado de Máfia das Sanguessugas, operado por Darci José Vedoin e Luiz António Trevisan Vedoin, proprietários da maioria das empresas utilizadas em fraudes a licitações, que se desenvolvia em fases distintas e articuladas.

- Referido convênio foi objeto de auditoria cujos trabalhos geraram o relatório nº 4717 (fls.61/89), que, por sua vez, apurou irregularidades no processo licitatório nº 33, tomada de preço 05/03 e no procedimento licitatório 42, carta convite 18/03. De acordo com o MPF, autor da ação, que se concentrou, tão somente, no processo licitatório de tomada de preço 05/03, identifica-se nele, inequivocamente, os sinais indeléveis da atuação do esquema fraudulento montado e conduzido pela família Vedoin e associados, o que significaria dizer, sem margem de erro, que a licitação foi fraudada para direcionar o resultado.

- Os réus foram processados e afinal condenados por algumas das hipóteses descritas no artigo 10 da Lei de improbidade administrativa, que resultaram em dano ao erário público.

Considerada a eficácia vinculativa cada vez maior dos precedentes judiciais, para anotar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça contenta-se, no caso do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, com o comportamento culposo dos servidores e agentes públicos, fartamente demonstrado nesses autos, exceto em relação aos membros da Comissão.

- Com relação aos membros da Comissão, é certo que, conforme disposição legal, eles respondem solidariamente pelos atos, salvo se a opinião vencida do membro da comissão estiver fundamentada e registrada em ata. Ocorre, no entanto, que, exceto Arlete, que participou da fase de escolha do tipo de licitação e elaboração do edital, conforme depoimentos das testemunhas (fis. 690, 695), nenhum ato dos demais membros da Comissão foi o responsável pela lesão ao erário, porque a escolha da modalidade da licitação, a elaboração e aprovação do edital foram atos alheios à competência da Comissão de licitação. Por outro lado, a desclassificação da empresa Vetelli Veículos e Peças Ltda., por não ter apresentado O Certificado de Regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), era ato que se impunha.

- Preliminares rejeitadas, recurso dos corréus Rejane Maria de Freitas, Luiz Aparecido Rosa e Edson Moraes dos Santos, membros da Comissão de Licitação, provido para, em relação a eles, julgar improcedente a ação de improbidade administrativa, recurso dos réus Osny Cardoso Wagner e Arlete Perina desprovidos, mantida, em relação a eles, a condenação de ressarcir o dano causado ao erário, agora na proporção de 75% para Osny Cardoso Wagner e 25% para Arlete Perina, bem como a proibição de contratar com o Poder público, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco (5) anos.

Superior Tribunal de Justiça

Os Embargos de Declaração foram acolhidos, nos seguintes termos (fls. 1.872-1.873, e-STJ):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. REEXAME NECESSÁRIO. OMISSÃO. DEMAIS ALEGAÇÕES. INOCORRÊNCIA DOS INVOCADOS VÍCIOS. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS.

- Observo, que, embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, impõe-se a integração do julgado para o fim de explicitar o cabimento da remessa oficial e dar-lhe parcial provimento para redimensionar a proporção da condenação de Osny Cardoso Wagner e Arlete Perina, consoante consignado no decisum embargado.

- No tocante às demais alegações invocadas nos aclaratórios, a matéria foi expressamente enfrentada no acórdão.

- Não se constata os aludidos vícios. Ressalte-se que a fixação do ressarcimento do dano foi devidamente motivada. Os argumentos desenvolvidos nas razões dos aclaratórios não são aptos a serem examinados na espécie, porquanto têm cunho recursal com o intuito de modificar a decisão que apreciou as teses apresentadas pelas partes. Não demonstram especificamente omissões ou contradições, as quais não ocorreram.

- Sublinhe-se que houve condenação ao ressarcimento do dano, na medida da participação dos réus no ato ímprobo, de modo que restou observado o artigo 12, inciso II da Lei nº 8.429/92.

Por outro lado, o artigo 7º da LIA trata da indisponibilidade de bens, a qual foi deferida às fls. 344/347. Assim, a embargante pretende rediscutir o julgado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação do julgado à tese defendida pela recorrente, tampouco para fins de prequestionamento, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

- Embargos de declaração acolhidos.

A União alega no Recurso Especial ofensa aos arts. 942 e 1.022, I e II, e parágrafo único, do CPC, bem como aos artigos 5º e 12, II, da Lei 8.429/1992.

Contrarrazões às fls. 1.909-1.921, e-STJ.

O Ministério Público opinou pelo parcial provimento do Recurso Especial.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.734 - SP (2020/0103835-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 2 de junho de 2020.

Trata-se, na origem, Ação de Improbidade ajuizada em decorrência de fraude em convênio firmado entre o município de Itaberá/SP e a União para a aquisição de unidade móvel de saúde, fatos apurados no contexto da denominada "Operação Sanguessuga".

Quanto à obrigação de ressarcir o erário, no valor de R\$ 12.534,61 (doze mil, quinhentos e trinta e quatro reais e sessenta e um centavos), em favor da União, e de R\$ 2.562,91 (dois mil, quinhentos e sessenta e dois reais e noventa e um centavos) em favor do Município, o Juízo do primeiro grau fixou a proporção de 50% para Osny Carodoso, então Prefeito, e 20% para Arlete Perina, que elaborou o edital e as atas das reuniões. Foram divididos 30% entre os demais membros da comissão de licitação.

No julgamento das Apelações dos réus, o Tribunal de origem absolveu os membros da comissão de licitação, por entender que nenhum "foi o responsável pela lesão ao erário", exceto Arlete Perina, "que participou da fase de escolha do tipo de licitação e elaboração do edital" (fl. 1.837, e-STJ), assim como do então prefeito. Com isso, refez a obrigação de ressarcimento, "agora na proporção de 75% para Osny Cardoso Wagner e 25% para Arlete Perina" (fl. 1.838, e-STJ).

A União opôs Embargos de Declaração, defendendo que o art. 12 da Lei 8.429/1992 impõe a condenação solidária dos agentes. Os Aclaratórios foram rejeitados, aduzindo o Juízo *a quo* que "houve condenação ao ressarcimento do dano, na medida da participação dos réus no ato ímprobo, de modo que restou observado o artigo 12, inciso II da Lei nº 8.429/92" (fl. 1.869, e-STJ).

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido de que "a responsabilidade é solidária até a instrução final do feito, momento em que se delimita a quota de responsabilidade de cada agente [...]" (AgRg no REsp 1.314.061/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.5.2013). Na mesma

Superior Tribunal de Justiça

direção: AgInt no AREsp 1.406.782/MG, Relator p/ Acórdão Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 3.2.2020; AgInt no REsp 1.827.103/RJ, Relator Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 29.5.2020; REsp 1.814.284/PR, Relator Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25.9.2019; AgInt no AREsp 1.445.093/MG, Relator p/ Acórdão Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29.8.2019; REsp 1.731.782/MS, Relatora Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11.12.2018.

A ideia fundamental nessa orientação é a necessidade de preservar o integral ressarcimento do dano – inclusive por meio de medidas cautelares –, razão pela qual a solidariedade só cessa quando estiver claro o grau de participação de cada agente. A depender da marcha processual, nem sempre esse momento coincidirá com o final da instrução e, por isso, há julgados corretamente pontificando que, "até a liquidação, devem permanecer bloqueados tanto quantos bens foram bastantes para dar cabo da execução em caso de procedência da ação, na medida em que vigora entre os réus uma responsabilidade do tipo solidária" (REsp 1.1958.28/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.10.2010).

No caso dos autos, o dano foi quantificado de forma precisa pela CGU, inclusive definindo o desfalque sofrido pela União e pelo Município (fl. 1.836, e-STJ). Também se especificou a participação dos dois agentes condenados pelo Tribunal de origem.

Entretanto, não há como delimitar a repercussão econômica de cada conduta. A lesão decorreu de um esquema: o Tribunal de origem acolheu a descrição feita na sentença, de que "Osny e ao menos Arlete, que era quem praticava os atos efetivamente da 'licitação', em conluio, fizeram com que, sem concorrência, a Klass Comércio e Representações Ltda vendesse a ambulância ao Município sem disputa nenhuma" (fl. 1.700, e-STJ).

A distribuição de percentuais feita pelas instâncias ordinárias se orientou pela percepção, expressa na sentença, de que "A conduta de Osny, por ser ele a autoridade máxima do Município, merece reprimenda maior do que a de Arlete, que é servidora e, portanto, a ele subordinada" (fl. 1.704, e-STJ).

Ocorre que não há lugar nesse âmbito para dosimetria, pois "O STJ tem assentado o entendimento de que o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas

Superior Tribunal de Justiça

sim consequência incontornável do prejuízo causado" (REsp 1.761.202/MG, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.3.2019).

A repartição da obrigação de ressarcir o erário só deve ocorrer quando for possível correlacionar as condutas às várias parcela do prejuízo. Não havendo como proceder a essa imputação causal, tem-se obrigação solidária.

Ante o exposto, **dou provimento ao Recurso Especial.**

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2020/0103835-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.872.734 / SP**

Números Origem: 0015639-61.2008.4.03.6110 00156396120084036110 156396120084036110
200861100156393

PAUTA: 24/11/2020

JULGADO: 24/11/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretária

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : OSNY CARDOSO WAGNER
ADVOGADO : FERNANDO CÉSAR DOMINGUES - SP180115
INTERES. : MUNICIPIO DE ITABERA
ADVOGADO : JOSÉ AUGUSTO DE FREITAS - SP071537
INTERES. : EDSON MORAES DOS SANTOS
INTERES. : LUIZ APARECIDO DA ROSA
INTERES. : REJANE MARIA DE FREITAS
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS SILVA NETO - SP301039
INTERES. : ARLETE PERINA
ADVOGADO : DIOGO MATHEUS DE MELLO BARREIRA - SP264445

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). NATANNE LIRA DE MORAIS(Mandato ex lege), pela parte RECORRENTE: UNIÃO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.