

PROCESSO Nº:	@REC 20/00385677
UNIDADE GESTORA:	Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional - Laguna
INTERESSADO:	Mauro Vargas Candemil
PROCURADORES:	Paulo Fretta Moreira; Enio Francisco Demoly Neto; Rodrigo dos Santos Cesar
ASSUNTO:	Recurso de Embargos de Declaração da deliberação exarada no processo @TCE 12/00254853
RELATOR:	Luiz Roberto Herbst
PROPOSTA DE VOTO:	GAC/LRH - 945/2020

Embargos de Declaração. Nulidade. Ausência de comunicação dos Procuradores do Responsável da data da sessão de julgamento. Conhecer e dar provimento.

É nula a decisão proferida sem prévia comunicação do procurador do responsável acerca da data da sessão de julgamento, conforme dispõem o § 1º do art. 249 do Regimento Interno.

1. INTRODUÇÃO

Os autos tratam de Recurso de Embargos de Declaração interposto pelo senhor Mauro Vargas Candemil, representado por seu Procurador constituído nos autos de origem, senhor Paulo Fretta Moreira (OAB/SC nº 19.086)¹, com fundamento no art. 137, do Regimento Interno desta Corte de Contas e no art. 78, da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, em face do Acórdão nº 290/2020, exarado no processo nº TCE 12/00254853².

No julgamento do referido processo, o Tribunal Pleno assim decidiu:

1. Julgar irregulares, com imputação de débito, com fundamento no art. 18, III, "c", c/c o art. 21, caput, da Lei Complementar estadual) n. 202/2000, as contas pertinentes à presente Tomada de Contas Especial, que trata de irregularidades constatadas pela auditoria realizada pela Secretaria de Estado da Fazenda na Secretaria de Estado de desenvolvimento Regional de Laguna, relacionada à construção da Escola Nova na EEF Santa Marta decorrente do Contrato CT 00071/2008/SDR19, e condenar, SOLIDARIAMENTE, os Srs. RAFAEL DUARTE FERNANDES, CPF n. 026.883.969-78, engenheiro responsável pela fiscalização da obra, e MAURO

¹ Substabelecimento à fl. 506 e Procuração à fl. 528 dos autos TCE 12/00254853.

² Tomada de Contas Especial, que trata de irregularidades constatadas pela auditoria realizada pela Secretaria de Estado da Fazenda na Secretaria de Estado de desenvolvimento Regional de Laguna, relacionada à construção da Escola Nova na EEF Santa Marta.

VARGAS CANDEMIL, Secretário de Estado de Desenvolvimento Regional de Laguna à época, CPF n. 009.891.779-04, e a empresa CONSTRUTORA FORMIGONI LTDA., CNPJ n. 01.375.841/0001-46, executora da obra, ao pagamento do montante de R\$ 146.171,69 (cento e quarenta e seis mil, cento e setenta e um reais e sessenta e nove centavos), referente a serviços pagos e não executados, abaixo relacionados, contrariando os arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/64 (item 2.2 do Relatório DLC/COSE/Div.1 n. 781/2019), fixando-lhes o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação deste Acórdão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, para comprovarem, perante este Tribunal, o recolhimento dos valores dos débitos aos cofres do Estado, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros legais (arts. 40 e 44 da Lei Complementar – estadual - n. 202/2000), calculados a partir da ocorrência dos fatos geradores dos débitos, ou interponem recurso na forma da lei, sem o quê, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial (art. 43, II, da citada Lei Complementar):

1.1. R\$ 52.066,53 (cinquenta e dois mil, sessenta e seis reais e cinquenta e três centavos), referente ao pagamento de 237 m3 do serviço de “muro de arrimo” não executado;

1.2. R\$ 31.701,27 (trinta e um mil, setecentos e um reais e vinte e sete centavos), concernente ao pagamento de 2.714,15 m2 do serviço de “pintura acrílica” que não foram executados;

1.3. R\$ 62.403,89 (sessenta e dois mil, quatrocentos e três reais e oitenta e nove centavos), pertinente ao pagamento de 2.382,65 m2 do serviço de “revestimento” que não foram executados.

2. Dar ciência deste Acórdão aos Responsáveis retronominados, aos procuradores constituídos nos autos, ao Sr. Luiz Felipe Remor, às Secretarias de Estado da Fazenda, de Infraestrutura e Mobilidade e da Educação e aos respectivos Controle Internos dessas Pastas.

O recurso foi examinado pela Diretoria de Recursos e Revisões (DRR), a qual considerou que os Embargos de Declaração podem ser conhecidos, porquanto foram preenchidos os requisitos de admissibilidade (Parecer DRR-252/2020 – fls. 11-20).

No que se refere ao mérito, a conclusão foi pela procedência do recurso, acolhendo a preliminar invocada para anular o julgamento que resultou no acórdão nº 290/2020.

Os autos seguiram para este Relator, uma vez que dispensada a manifestação do MPjTC (art. 137, §2º do Regimento Interno do Tribunal de Contas).

É o relatório.

2. DISCUSSÃO

Os embargos declaratórios podem ser opostos para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida, a teor do art. 78 da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, dentro do prazo de dez dias contados a partir da publicação da decisão no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas.

Em seu parecer, quando da análise da admissibilidade, anotou a DRR que foram atendidos os pressupostos de adequação, cabimento, legitimidade, singularidade e tempestividade.

Em relação à tempestividade, anotou que os Embargos de Declaração foram protocolados em 20/7/2020 (segunda-feira) e o acórdão recorrido foi publicado em 9/7/2020 (DOTC-e nº 2932), portanto dentro do prazo recursal de 10 dias.

Portanto, restaram preenchidos os pressupostos de admissibilidade dos Embargos de Declaração e satisfeitos os requisitos formais de admissibilidade previstos no § 1º, do art. 78 da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, e também no art. 27, da Resolução nº TC- 09/2002.

Quanto ao mérito, o recorrente alega que o contraditório e a ampla defesa não foram observados no trâmite do processo TCE 12/00254853, em razão da ausência de intimação dos procuradores constituídos nos autos para a sessão de julgamento.

Argumenta que na página 25 do Diário Oficial Eletrônico nº 2905, de 28/05/2020, por equívoco, não constam da pauta da sessão de julgamento o nome de nenhum dos procuradores do Embargante, configurando inegável omissão e nulidade.

Aduz que se trata de vício insanável, em contrariedade ao disposto no art. 249, do Regimento Interno deste Tribunal, razão pela qual se mostra necessário revisar o procedimento, possibilitando ao procurador o efetivo uso do direito ao contraditório e a ampla defesa.

Requer, dessa forma, que seja anulado o Acórdão recorrido, determinando-se a realização de novo julgamento do processo.

A Diretoria de Recursos e Revisões alega que assiste razão nas alegações do embargante:

Sobre a matéria, o Regimento Interno desta Corte de Contas assim dispõe em seus arts. 148 e 249:

Art. 148. No julgamento ou apreciação de processo, salvo no caso de embargos de declaração, o responsável ou interessado poderá produzir sustentação oral, pessoalmente ou por procurador habilitado, desde que a tenham requerido ao Presidente do Tribunal de Contas até o início da sessão.

§ 1º O Tribunal de Contas comunicará ao responsável ou interessado, pelo correio mediante carta registrada com aviso de recebimento, a data da sessão de julgamento, sempre que o interessado formalizar o pedido de sustentação oral no prazo de até dez dias antes da realização da respectiva sessão.

[...]

Art. 249. A pauta das sessões com indicação dos processos a serem apreciados pelo Tribunal será publicada no Diário Oficial do Estado, observado o disposto no art. 266 deste Regimento.

§ 1º A publicação conterá a identificação do processo, constando o número, o nome da unidade gestora, do interessado e responsável, bem como de seu procurador, se houver, valendo como intimação do julgamento, exceto nos casos em que haja pedido de sustentação oral, quando a comunicação da data da sessão será feita nos termos do art. 148, § 1º, deste Regimento.

Compulsando os autos, não se verifica pedido expresso do recorrente para sustentação oral. Todavia, não consta nos autos do processo extrato da publicação da pauta do processo.

Em pesquisa ao Diário Oficial Eletrônico datado de 28/05/2020, observa-se que o processo @TCE 12/00254853 constou na publicação da pauta (p. 25) que o mesmo seria julgado na sessão virtual do dia 03/06/2020, porém, da referida pauta constou apenas os procuradores que substabeleceram, sem reservas de poderes, fato que contraria o disposto no § 1º do art. 249 do Regimento Interno.

Todavia, nada consta dos autos sobre a dita comunicação, o que permite concluir que ela efetivamente não ocorreu, causando o cerceamento de defesa e violação ao devido processo legal.

Como se referiu, não consta nos autos do processo @TCE 12/00254853 extrato contendo a pauta de julgamento do processo, na qual poderia comprovar a inclusão das partes e advogados, bem como constaria a movimentação processual que permitiria o conhecimento às partes.

O extrato da publicação da pauta, comprovando que o processo a ser julgado constou da mesma, é de extrema importância para que o plenário tenha conhecimento sobre a efetividade da intimação dos procuradores e das partes. A publicação da pauta deve conter além do nome do interessado, ou responsável, o nome do procurador deste, quando existir, ou seja, quando o interessado ou responsável optar pela defesa técnica, o procurador deve ser comunicado do dia em que o processo foi pautado, nos termos do disposto no art. 249 do Regimento Interno. A ausência do nome

do procurador do responsável na publicação que designa a data em que o processo vai a julgamento, constitui-se em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, no presente caso restou evidenciada a ofensa ao contraditório e à ampla defesa, ante a subtração do direito do exercício da sustentação oral e em razão de não estar demonstrado no Processo @TCE 12/00254853 que o procurador do recorrente constou na pauta de julgamento do processo, em contrariedade ao disposto no 249, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, devendo ser anulado o julgamento que resultou no Acórdão nº 290/2020.

Acerca do meio processual utilizado pelo recorrente, Embargos de Declaração, tem-se que o Poder Judiciário tem admitido a aplicação dos efeitos infringentes quando ausente a intimação do procurador para apresentação de sustentação oral, conforme colhem-se dos julgados abaixo:

CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DÉBITO ALIMENTAR. REQUERIMENTO EXPRESSO DE INTIMAÇÃO DO IMPETRANTE DA SESSÃO DE JULGAMENTO. WRIT JULGADO SEM TAL PROVIDÊNCIA. NULIDADE. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA ANULAR O ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. Esta egrégia Corte Superior já proclamou que os embargos de declaração constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades e erros materiais do decisório embargado, admitida a atribuição de efeitos infringentes apenas quando esses vícios sejam de tal monta que a sua correção necessariamente infirme as premissas do julgado (EDcl no AgRg no EREsp nº 747.702/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Corte Especial, DJe de 20/9/2012). É o caso.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior firmou o entendimento de que a ausência de comunicação ao patrono constituído para a sessão de julgamento do habeas corpus, para garantir-lhe o direito de sustentação oral, implica cerceamento de defesa e, portanto, nulidade do julgamento, desde que tenha havido expressa e tempestiva solicitação, o que efetivamente ocorreu.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para anular o julgamento do mérito do writ.

(STJ, T3 – 3ª Turma, EDcl no HC 497998 / SE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS 2019/0069899-1, Ministro Moura Ribeiro, j. 21/05/2019, DJe 30/05/2019)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. JULGAMENTO REALIZADO SEM INTIMAÇÃO. OFENSA À AMPLA DEFESA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Embora inexista previsão legal ou regimental de intimação da pauta de julgamento do habeas corpus, havendo manifestação expressa do impetrante no sentido de ser comunicado da sessão de julgamento, com a finalidade de proferir sustentação oral, configura cerceamento de defesa a realização do julgamento sem sua prévia intimação.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

(STJ, T5 – 5ª Turma, EDcl no HC 441560 / SP EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS 2018/0063081-3, Ministro Jorge Mussi, j. 04/09/2018, DJe 25/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO. SUCESSIVOS ADIAMENTOS. LONGO DECURSO DE PRAZO. NÃO-INCLUSÃO EM PAUTA. NULIDADE. NECESSIDADE DE NOVA PUBLICAÇÃO (CPC, ART. 255, §§ 1º E 2º, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.280/2006). PRECEDENTES.

1. O julgamento do recurso especial, embora pautado para o dia 13 de dezembro de 2005, somente foi concluído na sessão do dia 15 de março de 2007. Nesse período, ocorreram três adiamentos: o primeiro, em 13 de dezembro de 2005, por indicação do então Relator; o segundo, em 14 de fevereiro de 2006, e o terceiro, em 12 de dezembro de 2006, em razão dos pedidos de vista formulados.

2. O sucessivo adiamento do julgamento do recurso especial, sem que houvesse nova publicação da pauta, violou o devido processo legal, porquanto suprimiu-se o direito da embargante (recorrente) de realizar sustentação oral, o que somente foi exercido pelas embargadas (recorridas), na segunda assentada (14 de fevereiro de 2006).

3. O registro exclusivo dos sucessivos adiamentos no sítio do Tribunal não supre a necessidade de intimação pessoal da Fazenda Pública, por se tratar de prerrogativa legal (LC 73/93, art. 38; Lei 9.028/95, art. 6º) inderrogável.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para se anular o julgamento do recurso especial, desde a sessão ocorrida em 12 de dezembro de 2006, assegurando-se à embargante, via publicação de nova pauta, o direito de apresentar memoriais e realizar sustentação oral.

(STJ – T1 – Primeira Turma, EDcl no REsp 783192 / DF EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2005/0158151-0, Ministra Denise Arruda, j. 05/06/2007, DJU 29/06/2007)

Nesse sentido também e a doutrina:

Cumprir verificar da possibilidade de opor embargos de declaração, quando a sentença não for contraditória, omissa ou obscura, mas padecer de um erro que a parte pretenda ver sanado. A regra é a do descabimento dos embargos com eficácia modificativa, quando ausentes os requisitos autorizadores do art. 535. Sem eles não se prestam a convencer o juiz a modificar sua convicção, a rever o julgamento ou a retratar-se.

[...] Há, no entanto, uma hipótese em que se vem admitindo a oposição dos embargos com finalidade infringente, ainda que não estejam presentes as hipóteses do art. 535: quando a decisão contiver erro material ou erro de fato, verificável de plano. Eles, nesse caso, servirão para corrigir o erro material ou erro de fato, verificável de plano,

observável *prima facie*, ainda que disso advenha a modificação completa do julgado.

[...] Portanto, os embargos de declaração podem ter efeito infringente, em duas hipóteses: quando, circunscritos a sua finalidade primordial de solucionar os vícios de obscuridade, contradição ou omissão, impliquem em alteração do que foi decidido; ou quando opostos para sanar erros materiais ou de fato³.

Destarte, sugere-se ao Relator que conheça dos Embargos de Declaração opostos, e lhe dê efeito infringente para julgar procedente o recurso e anular o Acórdão nº 290/2020.

O novo julgamento deverá ser pautado com publicação no DOTC-e contendo o nome dos procuradores do embargante, em cumprimento ao disposto no 249, § 1º, do Regimento Interno, recomendando-se que o extrato da publicação deva constar nos autos do processo que será julgado.

Diante das razões expostas, acompanho o posicionamento apresentado para que seja acolhida a preliminar de nulidade do julgamento, para anular o Acórdão nº 290/2020 e todos os atos subsequentes, devendo o processo nº TCE 12/00254853 retornar a este relator, a fim de que solicite novo julgamento, com prévia comunicação dos procuradores dos responsáveis acerca da data da sessão de julgamento, na forma estabelecida pelo art. 249, § 1º do Regimento Interno.

3. VOTO

Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno a adoção da seguinte deliberação:

3.1. Conhecer do Recurso de Embargos de Declaração oposto pelo senhor Mauro Vargas Candemil, representado por seu Procurador constituído nos autos de origem, com fundamento no art. 137, do Regimento Interno desta Corte de Contas e no art. 78, da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, em face do Acórdão nº 290/2020, exarado no processo nº TCE 12/00254853, e, no mérito, dar-lhe provimento para:

3.1.1. acolher a preliminar invocada, para anular o julgamento que resultou no Acórdão nº 290/2020, e todos os atos subsequentes, em razão da ausência de prévia comunicação dos procuradores do responsável acerca da data da sessão de julgamento.

3 GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 135/136

3.2. Dar ciência da Decisão ao senhor Mauro Vargas Candemil, aos seus Procuradores, senhores Paulo Fretta Moreira, Enio Francisco Demoly Neto e Rodrigo dos Santos Cesar, às Secretarias de Estado da Fazenda, de Infraestrutura e Mobilidade, e da Educação e aos Órgãos de Controle Interno dessas Pastas.

Florianópolis, em 24 de agosto de 2020.

LUIZ ROBERTO HERBST
CONSELHEIRO RELATOR