GRUPO II – CLASSE I – Segunda Câmara.
TC 005.752/2019-1.
Natureza: Embargos de Declaração (em Tomada de Contas Especial).
Entidade: Município de São Cristóvão – SE.
Embargante: Rivanda Farias de Oliveira Batalha (CPF 575.752.315-87).
Representação legal: Danniel Alves Costa (OAB-SE 4.416), entre outros, representando Rivanda Farias de Oliveira Batalha.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ACÓRDÃO 2.666/2022-TCU-2ª CÂMARA. INTEMPESTIVIDADE NA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DOS SUPOSTOS VÍCIOS NO REFERIDO ACÓRDÃO. MERA TENTATIVA DE INDEVIDA REDISCUSSÃO DE MÉRITO DO FEITO PELA ESTREITA VIA DOS EMBARGOS. NÃO CONHECIMENTO. COMUNICAÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se, no presente momento, de embargos de declaração opostos por Rivanda Farias de Oliveira Batalha em face do Acórdão 2.666/2022 prolatado pela 2ª Câmara, ao julgar irregulares as contas dessa responsável para condená-la ao pagamento do correspondente débito, aplicando-lhe, ainda, a subjacente multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992, diante da rejeição da prestação de contas dos recursos federais repassados ao Município de São Cristóvão – SE sob o valor de R$ 444.642,00 no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) durante o exercício de 2014.

2. O aludido Acórdão 2.666/2022 teria sido prolatado pela 2ª Câmara do TCU, em suma, nos seguintes termos:

"(...) *9.1. declarar a revelia de Rivanda Farias de Oliveira, nos termos do art. 12, § 3°, da Lei n.º 8.443, de 1992;*

9.2. julgar irregulares as contas de Rivanda Farias de Oliveira, nos termos dos arts. 16, III, alíneas "b" e "c", 19, caput, e 23, III, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-la ao pagamento do correspondente débito, com a atualização monetária e os juros de mora calculados desde a data informada até o efetivo recolhimento, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprove perante o Tribunal, nos termos do art. 214, III, "a", do RITCU, o recolhimento da referida dívida em favor do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, na forma da legislação em vigor, sob as seguintes condições:

Data da Ocorrência:	*Valor Histórico (R$):*
4/4/2014	*115.193,05*
24/6/2014	*1.440,00*
1º/9/2014	*2.670,00*
2/9/2014	*173.280,00*
2/10/2014	*410,00*
3/10/2014	*75.568,00*
3/11/2014	*410,00*
4/11/2014	*57.760,00*
16/11/2014	*16.764,00*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71702020.

9.3. aplicar em desfavor de Rivanda Farias de Oliveira a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992, sob o valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, III, "a", do RITCU, o recolhimento da referida dívida em favor do Tesouro Nacional, com a devida atualização monetária, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei n.º 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas fixadas por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, com a devida atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo à responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do RITCU, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas fixadas por este Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n.º 8.443, de 1992, diante do não atendimento à notificação; e

9.6. enviar a cópia do presente Acórdão, com o Relatório e o Voto, à Procuradoria da República no Estado de Sergipe, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n.º 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis."

3. Por intermédio, todavia, do seu advogado, Rivanda Farias de Oliveira Batalha acostou os seus embargos de declaração à Peça 66 sob o pretexto de que o aludido Acórdão 2.666/2022-2ª Câmara padeceria de omissões, tendo apresentado, para tanto, os seguintes argumentos:

"(...) *1. NULIDADE PROCESSUAL. CORRESPONDÊNCIAS ENVIADAS PARA ENDEREÇO EQUIVOCADO*

Consta dos autos que o Tribunal de Contas da União prolatou os Acórdãos nº 6174/2019 e nº 2666/2022, sendo que este último culminou com o julgamento das contas como irregulares nos seguintes termos:

'9.2. julgar irregulares as contas de Rivanda Farias de Oliveira, nos termos dos arts. 16, III, alíneas 'b' e 'c', 19, caput, e 23, III, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-la ao pagamento do correspondente débito, com a atualização monetária e os juros de mora calculados desde a data informada até o efetivo recolhimento, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprove perante o Tribunal, nos termos do art. 214, III, 'a', do RITCU, o recolhimento da referida dívida em favor do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, na forma da legislação em vigor, sob as seguintes condições: Data da Ocorrência: Valor Histórico (R$): 4/4/2014 115.193,05 24/6/2014 1.440,00 1º/9/2014 2.670,00 2/9/2014 173.280,00 2/10/2014 410,00 3/10/2014 75.568,00 3/11/2014 410,00 4/11/2014 57.760,00 16/11/2014 16.764,00.'

Ainda da leitura dos autos, é possível observar que, quando da prolação de ambos os acórdãos, a interessada NÃO FOI NOTIFICADA ADEQUADAMENTE, posto que as notificações foram expedidas para endereços que não representam sua residência.

Tomando as últimas comunicações como exemplo, denota-se que foram expedidas para três endereços, a seguir delineados e, ato contínuo, demonstrando o equívoco no direcionamento:

1) Rua Eliza Correia Oliveira, nº 170, apto. 05, Bairro Coqueiral, Aracaju/SE:

Esse imóvel é de propriedade de Rivanda Farias de Oliveira, porém, há bastante tempo, está alugado para terceiros. A interessada jamais residiu nesse local (segue anexo: contrato de locação, assinado em dezembro de 2020, cabendo ressaltar a existência de reconhecimento de firma cartorária atestando a informação);

2) Rua Messias Prado, nº 16, São Cristóvão/SE:

Conforme consta na notificação, não foi entregue no local;

3) Avenida Governador Paulo Barreto de Menezes, nº 3538, Aracaju/SE:

Tal endereço não pertence à interessada. Em verdade, esse imóvel pertencia a seu ex-compaheiro quando exercia o cargo de prefeita. A interessada não tem qualquer informação sobre quem ocupa este bem.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71702020.

Nesse contexto, é relevante informar que a interessada reside no imóvel localizado na Rua Franklin de Campos Sobral, nº 1575, ap. 1401, Bairro Grageru, Aracaju/SE, CEP 49.027-000.

O comprovante de residência abaixo é suficiente para comprovar o endereço correto de correspondência e intimação válida da interessada:

Dessa forma, está demonstrada a nulidade nos autos, fruto de equívoco no direcionamento das correspondências com a finalidade de intimação da interessada.

2. CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

De início, deve-se destacar a tempestividade do presente recurso e a legitimidade para interpor o presente instrumento em acordo com o artigos 34, §1º da Lei n.º 8.443/1992, da Lei do Tribunal de Contas da União uma vez que foi notificado da Decisão TCU em 20/08/2012, não ultrapassado, portanto os dez dias estipulados:

'Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida. § 1° Os embargos de declaração podem ser opostos por escrito pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de dez dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.'

Os embargos de declaração são admissíveis porque preenchem os requisitos legais, nos termos dos artigos 32 e 34, §1º da Lei n.º 8.443/1992, da Lei do Tribunal de Contas da União.

Com efeito, ao se analisar o acórdão ora recorrido, denota-se que houve manifesto equívoco deste nobre Tribunal ao direcionar as correspondências para endereços que a interessada não reside.

3. CERCEAMENTO DE DEFESA

O direito de defesa, como princípio fundamental inerente à pessoa humana, está elencado na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso LV, nos seguintes termos: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"

Seguindo as modernas tendências jurídicas, nas quais o Direito Processual Civil é aplicado sob a ótica do Direito Constitucional, o princípio do contraditório e da ampla defesa pressupõem a estrita observância do devido processo legal, mediante a disponibilização, às partes, de todos os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico pátrio.

Neste contexto, o direito à prova deve ser analisado em consonância com os princípios inseridos na Constituição Federal, mediante interpretação conjunta com os demais dispositivos do Código de Processo Civil.

Partindo do pressuposto de que o direito à prova integra os elementos dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tem-se que sua inobservância, porventura esteja carente de fundamentos pertinentes, poderá ensejar nulidade processual por cerceamento do direito de defesa.

Assim, denota-se que, em regra, deve-se valorizar o direito à prova em detrimento aos demais princípios processuais, mediante lógica jurídica pautada e excepcionalidade do indeferimento da prova. Em resumo, a regra exige que o magistrado defira o pedido de produção de determinada prova, sobretudo quando voltada à persecução da verdade real.

Segundo ensina a doutrina de FREDIE DIDIER JR., RAFAEL OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, 'a partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínseco o direito fundamental à prova, emanando, mais especificamente, como um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório'.

O sistema jurídico está pautado em um modelo constitucional de processo, haja vista a normal basilar que emana da Carta Magna. Neste diapasão, não é possível dissociar a legislação ordinária dos preceitos contidos na Constituição Federal, sobretudo no que tange aos princípios que configuram direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal constitui a base do sistema jurídico, o que se aplica a toda e qualquer matéria, ou seja, as relações jurídicas propriamente ditas, porventura submetidas ao crivo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71702020.

do Poder Judiciário, serão, necessariamente, julgadas e processadas consoante as diretrizes axiológicas da Constituição Federal.

Com bastante propriedade, Scarpinella Bueno1 aduz que o modelo constitucional de processo não se limita à aplicação de regras genéricas, mas à forma pela qual as normas infraconstitucionais são aplicadas. In verbis:

É verificar em que medida a Constituição Federal quer que o direito processual seja. É verificar, na Constituição Federal, qual é (ou, mais propriamente, qual deve-ser) o modo de ser (de dever-ser) do processo civil. É extrair da Constituição Federal o 'modelo constitucional de processo civil', e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas, em que medida as disposições normativas baixadas desde então estão em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição quer sejam realizados pelo processo ou, ainda, em que medida elas concretizam o 'modelo constitucional do processo civil'. É verificar, em suma, em que condições o legislador e o magistrado, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm de conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o 'modelo constitucional do processo civil'.

Exatamente por isso, o andamento do processo ocorre através de uma espécie de reciprocidade: o processo torna efetiva a previsão constitucional e esta norma basilar delimita o campo de atuação mínima (garantias) e a esfera jurisdicional necessária à consecução dos fins almejados pelo ordenamento jurídico (direitos), possibilitando, por necessidade indisponível, a incidência dos direitos e garantias individuais no âmbito do processo.

Não obstante, a necessidade de submeter a relação jurídica aos devidos interessados emana da própria Constituição Federal, que consagra o direito ao devido processo legal no seu art. 5º, LIV, ao estabelecer que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'.

Desta maneira, em processo judicial ou administrativo, fica assegurado a qualquer acusado o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, consoante se afirma no inciso subsequente do art. 5º da Carta Magna, in verbis:

'Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;'

Assim, do ponto de vista constitucional, o devido processo legal pressupõe, de maneira irrenunciável, o contraditório (paridade de armas, a defesa se pronunciar sempre depois da acusação, entre outros) e a garantia da ampla defesa (defesa técnica e autodefesa).

Segundo também o entendimento do ilustre doutrinador Alexandre de Moraes:

'O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação restrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a devida amplitude de defesa. (grifos nossos)'

A ampla defesa, portanto, deve ser tratada como direito decorrente da personalidade e dignidade humana, inserindo-se na categoria de direito fundamental, pois garante ao réu, tanto nos processos jurisdicionais quanto nos processos administrativos contenciosos, a possibilidade de trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade real.

O direito à defesa impede que o processo se transforme em uma luta desigual em que só a uma parte é dada a oportunidade de argumentar e produzir provas. Por isso, é um instituto que deve

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71702020.

determinar o verdadeiro aspecto atual do direito, qual seja a dialética que tende a revelar a verdade. É pela análise dos argumentos das partes que o julgador irá decidir a controvérsia, devendo ser levada em consideração a importância das provas produzidas no curso do processo.

No caso sub examine, resta consubstanciado o cerceamento de defesa do recorrente nos autos.

4. OMISSÃO QUANTO À AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA CONDUTA SUBJETIVA

O Acórdão recorrido findou por julgar irregulares as contas apresentadas, contudo, não aferiu a ausência de culpa que fora demonstrada nas alegações de defesa, finalizando o julgamento mediante a aplicação da responsabilidade civil objetiva, o que é vedado no ordenamento jurídico em vigor.

Ao se analisar o conteúdo dos autos, e de forma contraditória, o conteúdo do próprio acórdão condenatório, percebe-se que somente houve comprovação de mera irregularidade administrativa ou, na mais remota hipótese, mera desorganização administrativa que não pode ser atribuída ao embargante por mera dedução.

A responsabilidade é o dever de assumir consequências jurídicas em razão da violação de outro dever jurídico. Adequada, também, a afirmação de que, para existir responsabilidade, um ato ilícito precisa estar claramente caracterizado.

Além disso, a responsabilidade perante o TCU é subjetiva, assim é necessário que se demonstre nos autos que determinada pessoa agiu com dolo ou culpa estrito senso, para que se possa responsabilizá-la.

Nos autos do processo ora em análise não restou demonstrada sequer a culpa, lato sensu, do Responsável, razão pela qual sua responsabilização significaria admitir uma responsabilidade objetiva perante o TCU (independente de culpa), o que – para o caso – não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Embora o Tribunal tenha se manifestado no sentido da existência de culpa in eligendo e in vigilando, a admissão dessas espécies de culpa no presente caso seria uma aplicação extremamente rigorosa da doutrina que cuida da espécie, que acaba conduzindo a uma responsabilidade objetiva do recorrente.

Exigir-se que o Responsável, diante dos fatos apurados nos autos, agisse de uma forma ainda mais diligente e cuidadosa, seria cobrar do gestor muito mais do que poderia se esperar do padrão de comportamento do administrador médio (homem médio), pois sua ação foi – certamente – balizada por uma conduta suficientemente diligente, razoável e satisfatória.

Na apostila utilizada para capacitação dos próprios servidores deste Tribunal acerca do tema – responsabilidade –, encontram-se as seguintes considerações, apoiadas na lição do culto Sérgio Cavaliere:

'Para saber se o dever de cuidado foi observado, utiliza-se como parâmetro a figura do homem médio, diligente, cuidadoso. Sobre o assunto Sérgio Cavalieri anota: 'A conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, não pelo que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum, a que os romanos davam a designação prosaica de bonus pater familiae, e que é, no fundo, o tipo de homem médio ou normal que as leis têm em vista ao fixarem os direitos e deveres das pessoas em sociedade'. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p 39.) (grifos acrescidos)'

Em reforço à ausência de culpa, apresentam-se as reflexões do seguinte precedente desta Corte de Contas:

Voto do Ministro Relator (Marcos Bemquerer Costa)

'(...) 20. Verifico que a glosa de serviços não realizados, no valor de R$ 43.786,84 sobre o orçamento total de R$ 710.000,00, compreende seis itens de serviço, muitos deles de diminuta expressão, a exemplo de pintura a óleo da estrutura, extintor de incêndio, placa luminosa, mesas e bancos de concreto e prateleira. A detecção da inexecução desses itens somente ocorreria após

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71702020.

análise detalhada das planilhas de medição, com conhecimento técnico suficiente para tanto. Havendo área técnica designada para essa função, entendo ser de extremo rigor exigir que a ex-Prefeita signatária do Convênio exercesse pessoalmente essa fiscalização.

21. Nada obstante, o débito remanescente deve ser atribuído aos Srs. Marcos Antônio Vale de Mesquita, engenheiro civil, Nélio Afonso Borges, secretário municipal de Obras, e Anilton Moreira de Menezes, diretor de Obras, por não terem justificado a medição e atesto indevido de serviços não realizados, solidariamente com a empresa contratada, que recebeu pagamentos sem causa. (...)

Declaração de Voto (Ministro Aroldo Cedraz)

(...) Em minha opinião, existem provas contundentes sobre fatos que operam como verdadeiras excludentes de responsabilidade em relação à ex-Prefeita, Sra. Maria Teresa Saenz Surita Jucá. Vejamos: o Sr. Marcos Antônio Vale de Mesquita, na qualidade de fiscal direto da obra, atestou a execução dos serviços; o Diretor Municipal de Obras, Sr. Anilton Moreira Menezes, na condição de fiscal mediato da obra (uma espécie de fiscal do fiscal), atestou a realização dos serviços; o Secretário Municipal de Obras, Sr. Nélio Afonso Borges, na condição de fiscal máximo, uma terceira instância na rede de fiscalização, também atestou os serviços.

Dito isso, estou convencido de que a ex-Prefeita cercou-se de todos os cuidados de controle. Decerto, se de um lado não podemos admitir a inimputabilidade objetiva dos agentes políticos municipais, também não podemos transformá-la em responsabilidade objetiva pela ampliação excessiva do conceito de culpa in eligendo. Dito de outra forma, se a culpa in eligendo está no simples ato de escolher alguém para um cargo, ainda que cercado de todas as cautelas ordinariamente exigíveis, o que teremos efetivamente será uma responsabilidade objetiva, porquanto estará ausente qualquer aferição dos elementos subjetivos da conduta (ainda que na forma de exculpantes ou excludentes de responsabilidade). Não há prova de incapacidade técnica do Secretário de Obras ou outra que desabonasse a escolha.

Ao contrário, tanto ele como os dois outros servidores que atestaram a execução das obras têm formação específica para tal. Nesse sentido, o que foge à capacidade de previsão da autoridade delegante não pode ser tomado como negligência na escolha.

Essa é a exata noção jurídica acolhida pelo parágrafo único do art. 39 do Decreto 93.872/1986, verbis: 'Art. 39. Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos (Decreto-lei nº 200/67, art. 90). Parágrafo único. O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional, decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.'

Pois bem, três agentes públicos especializados, dois deles não escolhidos diretamente pela ex-Prefeita, atestaram serviços não executados. Pode-se afirmar que a ex-Prefeita, turismóloga, portanto leiga em questões de engenharia, foi induzida a erro, o qual não poderia ser percebido em razão das atribuições de seu cargo e de sua formação técnica. Não vejo ato comissivo ou omissivo da mesma que se possa adjetivar de ilícito, na definição de culpa posta no art. 186 do Código Civil, aqui aplicado por analogia. Pelo exposto, acompanho o

Voto do Ministro Relator. Ministro Aroldo Cedraz (Acórdão 1440/2013 - Segunda Câmara)'

Não resta dúvida de que, no caso concreto ora sob julgamento, a responsabilização do recorrente decorre de uma ampliação excessiva do conceito de culpa, tendente a transformar a responsabilidade do gestou em uma responsabilidade objetiva, uma vez que não foram praticados, de sua parte, atos comissivos ou omissivos que se possam adjetivar de ilícitos.

5. REQUERIMENTOS

Ex positis, diante de todo o exposto, requer:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71702020.

a) O provimento dos embargos de declaração para, reconhecendo as omissões apontadas, atribuir efeitos modificativos para anular os acórdãos mencionados, haja vista que a parte interessada jamais foi citada para se pronunciar nos autos, caracterizando cerceamento de defesa;

b) Com base nas diretrizes e princípios do ordenamento jurídico brasileiro da razoabilidade, inocência, justiça, legalidade e sensatez, considerando que não há nenhuma análise de fatos atribuídos subjetivamente à notificada, havendo clara omissão quanto ao elemento subjetivo do tipo, roga também pela declaração de nulidade dos acórdãos."

É o Relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71702020.